١٥١٧

ان الهداية كالقرآن قد نسخت ما صنفت قبلها في الفقه من كتب
فالزم قرائتها واحفظ قواعدها تسلم مقالك من زيغ ومن ريب

وقال آخر

كتاب الهداية يهدي الهدى الى قاصديه ويجلو العمى
فيمه واحفظه يا ذا الحجا فمن ناله نال اقصى المنى

لتاج الدين ابن السباك نظم كتب الهداية وعدتها ٥٧

تطهر وصل وزك وصم وحج وناكح وراضع ولا
تطلق واعتق وبت وحد وللسارق اقطع وسر مقبلا
ورب اللقيط وان تلتقط وتطرد من ابق ارد دكلا
وراع الفقيد وشارك وقف وكمل به الدفتر الاولا
وبايع وصارف وكفل احل قضا الشهادات وارجع الى
وكالة دعوى مقر بصلح وضارب اودع اعر مفضلا
وهب ثم اجر وكاتب ولا واكره على حجر اذن ولا
تكن غاصبا كن شافعا وقاسم وزارع وساق الى
ذبايح اضحية كارها موات شراب وصيد الفلا
وللرهن اتبع جنايا ته وديه عاقلا موصيا مكملا

انتهى وقد نقلت هذه الابيات من خط الشيخ علاء الدين علي ابن الشيخ ناصر الدين محمد ابن شهاب الدين احمد الطرابلسي وهو نقلها من خط ابن طولون

ترجمة مؤلف هذا الكتاب

علي بن ابي بكر عبد الجليل الفرغاني برهان الدين المرغيناني الرشداني صاحب الهداية في المذهب وصاحب الكرامات الظاهرة شيخ الاسلام العلامة المحقق المدقق اقر له اهل عصره بالفضل والتقدم كالامام قاضيخان والامام زين الدين العتابي ... مات سنة ثلاث وتسعين وخمسمائة وله كتاب كفاية المنتهى ... وكتاب التجنيس والمزيد وكتاب مختارات مجموع النوازل ... وكتاب في الفرائض ... وكتاب البداية ... الهداية رحمه الله تعالى انتهى من طبقات الحنفية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعاير الشرع واحكامه
وبعث رسلا وانبيا عليهم الصلاة والسلام الى سبل الحق هادين
واخلفهم علما رحمهم الله تعالى الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم
يوثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الرشاد
وخص اوايل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسايل من كل جلي ودقيق
غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع
واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من
صنيعة الرجال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى علي الوعد
في مبدا بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا ارسمه بكفاية المنتهي
فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكي عنه اتكاء الفراغ
بينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان
والعناية الى شرح اخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون
الرواية ومتون الدراية تاركا للزوايد في كل باب معرضا عن هذا النوع من
الاسهاب مع انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقني
لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد
الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت يقتصر على الاقصر والاصغر
وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سالني بعض اخواني
ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله تعالى في تحرير ما اقاوله
متضرعا اليه في التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير وهو على كل شيء قدير
وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا
اذا قمتم الى الصلوة الاية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلاثة ومسح
الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه
من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة
تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل

عندنا

عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا
كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها
لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم ينطلق
على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب
والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على
ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي
رحمه الله في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك رحمه الله في اشتراط الاستيعاب
وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلاثة اصابع لانها اكثر ما هو
الاصل في آلة المسح وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء
اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ احدكم
من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري اين
باتت يده ولان اليد آلة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل
الى الرسغ لوقوع الكفاية في التنظيف وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء
لقوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يسم والمراد به نفي الفضيلة والاصح
انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو
الصحيح والسواك لانه عليه الصلاة والسلام كان يواظب عليه وعند فقده
يعالج بالاصبع لانه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك قال والمضمضة و
الاستنشاق لانه عليه الصلاة والسلام فعلهما على المواظبة وكيفيته
ان يمضمض ثلاثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي
من وضوئه عليه الصلاة والسلام قال ومسح الاذنين وهو سنة بماء
الراس عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام الاذنان
من الراس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبي عليه
الصلاة والسلام امره جبريل عليه الصلاة والسلام بذلك وقيل هو سنة
عند ابي يوسف رحمه الله جايز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السنة اكمال

النازل من الراس فغير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة
لابي يوسف انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به
قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم
لانه سوداء محترقة وان كان مايعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه و
عندهما ان سال بقوة نفسه ينقض وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل
الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف نقض
بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا
او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء
المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء
يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته
بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف النوم
حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة وغيرها لان بعض الاستمساك
الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه الصلاة
والسلام لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء
على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على
العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء
حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء
فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود والقياس
انه لا ينتقض وهو قول الشافعي لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا
في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلاة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا وبمثله يترك القياس
والاثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له و
لجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة
دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من راس الجرح او
سقط اللحم لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لان النجس ما عليها وذلك قليل

وهو

وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح
الخارجة من القبل والذكر لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت
مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة
فسال منها ماء او صديد او غيره ان سال عن راس الجرح نقض وان لم يسل
لم ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين
جميعا وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة كلها نجسة لان
الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء وهذا
اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس
بخارج

فصل في الغسل وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل
سائر البدن وعند الشافعي رحمه الله هما سنتان فيه لقوله عليه الصلاة والسلام
عشر من الفطرة اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا
كانا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير
جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن قضية النص بخلاف
الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما
روى حالة الحدث بدليل قوله عليه الصلاة والسلام انهما فرضان في الجنابة
سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل
نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة الا رجليه ثم يفيض الماء
على راسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا
حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل
الرجلين لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على
لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء
وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر
لقوله عليه الصلاة والسلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول
شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح لما فيه من الحرج في الغسل بخلاف
اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال والمعاني الموجبة للغسل

قوله قشرت نفطة في نوع [illegible] الثلاث وهي بثرة يجتمع بها [illegible] ماء من قولهم انتفط فلان اي امتلأ غضبا فاذا قشرت [illegible] يسيل الماء عن راس الجرح اولا ويسماه جرحا لانه قشرها [illegible] فان كان الاول نقض وان كان الثاني لم ينقض وانما اعاد هذه المسئلة وان كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج [illegible] اوليعلم ان حكم الماء حكم الدم [illegible] لان الماء لم [illegible] كان ينبغي ان [illegible]

انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمراة حالة النوم واليقظة
وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله صلى الله عليه وسلم
الماء من الماء اى الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة
في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من
المراة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف رحمه الله ظهوره ايضا
اعتبارا للخروج بالمزايلة عن مكانه اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب
من وجه فالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه
الصلاة والسلام اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او
لم ينزل ولانه سبب للانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته
فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا
بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى
يطهرن بالتشديد وكذا النفاس بالاجماع وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الغسل يوم الجمعة والعيدين والاحرام وعرفة ونص على السنة وقيل هذه الاربعة
مستحبة وسمى محمد الغسل في الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رحمه الله هو واجب
لقوله صلى الله عليه وسلم من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من توضا
يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب
او على النسخ ثم هذا الغسل للصلاة عند ابي يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها
على الوقت ولاختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة
لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما في عرفة
والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما
الوضوء لقوله عليه الصلاة والسلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ
من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر
منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله
والتفسير ماثور عن عائشة رضي الله عنها **باب** الماء الذي يجوز به الوضوء

الطهارة

الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والابار
وماء البحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه الصلاة والسلام
في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وقوله عليه الصلاة والسلام الماء طهور لا ينجسه
شيء الا ما غير طعمه او لونه او ريحه وقوله عليه الصلاة والسلام خلق الماء طهورا
ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس
بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية
فلا نتعدى الى غير المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به
لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جامع ابي يوسف وفي الكتاب اشارة اليه حيث
شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة
والخل وماء الباقلا وماء الورد والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد
بماء الباقلا ما تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به وتجوز
الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي يختلط به الاشنان
او الزعفران او الصابون قال رحمه الله تعالى اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق و
المروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران هو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام
السرخسي وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس
من جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال له ماء الزعفران بخلاف اجزاء
الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى
انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين
ولان الخلط القليل لا يعتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض
فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون وهو الصحيح وان تغير بالطبخ
بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء الا
اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه الا ان يغلب ذلك
على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت فيه النجاسة
لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك رحمه الله تعالى يجوز ما لم يتغير
احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان الماء قلتين لقوله عليه الصلاة والسلام

نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعند ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له
حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب دبغ
فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عليه
الصلاة والسلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة
ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ
وحجة الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة
واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف
اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي لكرامته فخرجا عما روينا ثم ما يمنع النتن
والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى
لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة
الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر
وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حياة فيها ولهذا لا يتالم
بقطعها فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحياة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال
الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته
فلا يدل على نجاسته **فصل** في البئر واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح
ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الاثار دون القياس
فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس
ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان ابار الفلوات ليست لها
رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة و
لا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه الاعتماد
ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والبعر والروث والخثى لان الضرورة
تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن
لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رحمه
الله كالبئر في حق البعرة والبعرتين فان وقع فيها خرء الحمام او العصفور لا يفسده
خلافا للشافعي له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين

على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن
وفساد ورائحة فاشبه الحماة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من
ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له انه عليه
الصلاة والسلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه
الصلاة والسلام استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل
الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي انه عرف شفاءهم
فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا
يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغير التداوي
لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام
ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج
الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة اذا ماتت في البئر واخرجت من ساعتها
ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها
والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة
او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع
الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه
انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب
والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى منها وقيل دلو
يسع فيه صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود
وان ماتت فيها كلب او شاة او ادمي نزح جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير
رضي الله عنهما افتيا بنزح ماء البئر كله حين مات زنجي في بئر زمزم فان انتفخ
الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء
وان كانت البئر معينة لا تنزح ووجب نزح ما فيها اخرجوا مقدار ما كان فيها من
الماء وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما
ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها

مثلا عشرين لا ثم يعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشرين دلوا و
هذان عن ابي يوسف وعن محمد ماتين دلو الى ثلثماية دلو فكانه بنى قوله على ما
شاهد في بلده وعن ابي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم
الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يوخذ بقول رجلين لهما بصارة في
امر الماء وهذا اشبه بالفقه وان وجدوا في البير فارة او غيرها ولا يدري متى
وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضوا منها
وغسلوا كل شيء اصابه ماوها وان كانت انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة
ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى
يتحقق متى وقعت لان اليقين لا يزول بالشك وصار كمن راى في ثوبه نجاسة
ولا يدري متى اصابته ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في
الماء فيحال عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم
الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرنا بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات
لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى رحمه الله هي على هذا الخلاف
فيقدر بثلث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمراى عينه والبير
غايب عن بصره فيفترقان

فصل في الاسار وغيرها وعرق كل شيء معتبر
بسوره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم الاخر وسور الادمي وما يوكل
لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب
والحايض والكافر وسور الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله صلى الله
عليه وسلم يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما
تنجس الاناء فالماء اولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة
على الشافعي في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سوره
وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتدا وسور الخنزير نجس لانه
نجس العين على ما مر وسور سباع البهايم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب
والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسور الهرة
طاهر مكروه وعن ابي يوسف انه غير مكروه لان النبي عليه الصلاة والسلام كان يصغي

لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضا به ولهما قوله عليه الصلاة والسلام الهرة سبع والمراد
بيان الحكم الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول
على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير
الى التنزه والاول من القرب الى التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فورها الما يتنجس
الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء مذهب ابي حنيفة وابي يوسف
ويسقط اعتبار الصب للضرورة قال وسور الدجاجة المخلاة مكروه لانها
تخالط النجاسات ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدمها
لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سور سباع الطير لانها تاكل الميتات
فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على
منقارها لا يكره واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية وسور ما يسكن البيوت
كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السور الا انه سقطت
النجاسة بعلة الطواف وبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسور الحمار و
البغل مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب
اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل
راسه وكذا لبنه طاهر وان حرم وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وان فحش فكذا سوره
وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته
وحرمته او اختلاف الصحابة في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة انه نجس ترجيحا
للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته وان لم يجد غيرهما توضا
بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب
الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسور
الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار
شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رحمه الله توضا به ولا يتيمم لحديث
ليلة الجن فان النبي صلى الله عليه وسلم توضا به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رحمه الله
يتيمم ولا يتوضا به وهو رواية عن ابي حنيفة وبه قال الشافعي عملا باية التيمم لانه
اقوى وهو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد يتوضا به ويتيمم

لانه في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا
ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت
به الصحابة رضوان الله عليهم وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد
قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف
فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما
لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد
فعند ابي حنيفة رحمه الله يجوز التوضي به لانه يحل شربه وعند محمد لا يتوضا لحرمة
شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على موجب قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر او خارج المصر وبينه وبين المصر ميل
او اكثر فانه يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله
عليه الصلاة والسلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل
هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر
المسافة دون خوف الفوت لان التفريط يأتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض
يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض
فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان
يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود
بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم
بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله
ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحديهما
وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه الصلاة والسلام التيمم ضربتان
ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب
كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء
ولهذا قالوا تخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه
سواء وكذا الحيض والنفاس لما روى ان قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقالوا

وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا
الجنب والحايض والنفساء فقال عليه الصلاة والسلام عليكم بارضكم
ويجوز التيمم عند ابي حنيفة بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل
والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب
والرمل وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى
فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس رضي الله عنه غير ان ابا يوسف
زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض
يسمى به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة
او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة لاطلاق
ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لانه تراب رقيق والنية في التيمم فرض وقال زفر ليس بفرض لانه خلف عن
الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او
يجعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة
او استباحة الصلاة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او الجنابة هو الصحيح من
المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول
المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل
طهورا الا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة
تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
وان توضا لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط
النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر يبطل
تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان
الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء
وانما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء
لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة

مع المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخايف السبع والعدو
والعطش عاجز حكما والنايم عند ابي حنيفة قادر تقديرا حتى لو مر النايم المتيمم
على الماء بطل تيممه عنده والمراد من الماء ما يكفي للوضوء لانه لا يعتبر بما دونه ابتداء
فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة
التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجو ان
يوخر الصلوة الى اخر الوقت فان وجد الماء توضا والا تيمم وصلى ليقع الاداء
باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في
غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الراي كالمتحقق وجه ظاهر الرواية
ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكما الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من
الفرايض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور
حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي
غيره فخاف ان استعمل بالطهارة ان تفوته الصلاة لانها لا تقضى فيتحقق العجز و
كذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان يفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد
وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوت في حقه وان احدث الامام او المقتدي
في صلاة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ
الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد
عليه صلاته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق
لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلاته فتفسد ولا يتيمم للجمعة وان خاف
الفوت لو توضا فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو
الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضا لم يتيمم ويتوضا ويقضي ما
فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى
ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما
اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت وبعده سواء له انه واجد
للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه لان رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض

الطلب ولهما انه لا قدرة له بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل يعد للشرب
لا للاستعمال ومسيلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر
يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء
اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء ان يطلب الماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات
ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم
حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا
ينقطع عن رفيقه وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا
وان منعه منه يتيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان
يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن
الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز
بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم
يمسح اخذا بالعزيمة كان ماجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على
طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة على
ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث
سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا
وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث
وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه
المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع
حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز المسح للمقيم يوما وليلة وللمسافر
ثلاثة ايام ولياليها لقوله عليه الصلاة والسلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة
ايام ولياليها قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث وتعتبر
المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدا من قبل الاصابع الى
الساق لحديث المغيرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما
من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم

خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه
ولانه معدول به عن القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع
استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلاثة اصابع اليد
وقال الكرخي من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على
خف فيه خرق كبير يبين منه قدر ثلاثة اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من
ذلك يجوز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل
الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو
عن الكبير فلا حرج والكبير ان ينكشف قدر ثلاثة اصابع الرجل اصغرها هو
الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلاث اكثرها فقام مقام الكل
واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند
المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في
خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه
حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل
لحديث صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا
كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن عن بول
او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه
يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا
نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع
بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة
نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع
قبل المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم
النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر
القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح
ثلاثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه
آخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف

ليس برافع ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر
لا تبقى بدونه وان لم يستكملها اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس
الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا
ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار
كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعدما
احدث لان الحدث يحل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس
لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ولا يجوز
المسح على الجوربين عند ابي حنيفة الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا
كانا ثخينين لا يشفان لما روي انه عليه الصلاة والسلام مسح على جوربيه
ولانه يمكنه المشي فيهما اذا كانا ثخينين وهو ان يستمسك على الساق من غير ان
يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا
اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح
على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء
والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عليه
الصلاة والسلام فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع
الخف وكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن عن ابي حنيفة ولا يتوقت
لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر
قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر قائما وان سقطت عن برء بطل
لزوال العذر وان كان في الصلاة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلاثة ايام ولياليها
فما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه الصلاة والسلام اقل الحيض للجارية البكر
والثيب ثلاثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعي في التقدير
بيوم وليلة وعن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام
الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة
لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص

لا وكيعي عن رفع الله انه قال لا [illegible]
لسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] على الجرموقين
والجرموق ما يلبس فوق الخف [illegible] وساقه
اقصر من الخف [illegible] انتهى

قوله ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا
اما الاستعمال فانه يدور مع الخف
مشيا وقياما وقعودا وارتفاعا

[illegible]

والقفاز بالضم والتشديد شيء يعمل
لليدين يحشى بالقطن ويكون له ازرار
تزر على الساعدين من البرد تلبسه
[illegible]

استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المراة من الحمرة والصفرة و
الكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف لا تكون الكدرة حيضا الا
بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن الصافي ولهما ما روي ان
عايشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا
وفم الرحم منكوس فتخرج الكدرة اولا كالجرة اذا انقبت اسفلها واما الخضرة فالصحيح
ان المراة اذا كانت من ذوات الاقرا تكون حيضا ويحمل على فساد الغذا وان كانت
كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت ولا يكون حيضا والحيض يسقط عن
الحايض الصلاة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام ولا تقضي الصلاة لقول عايشة
رضي الله عنها كانت احدينا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت من حيضها
تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج
في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عليه الصلاة والسلام فاني لا احل
المسجد لحايض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحته الدخول على وجه
العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها زوجها لقوله تعالى
ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحايض والجنب والنفسا قراة القران لقوله عليه الصلاة
والسلام لا يقرا الحايض والجنب من القران وهو حجة على مالك في الحايض وهو باطلاقه
يتناول ما دون الاية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا
بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القران الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا
بغلافه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يمس القران الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد
فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراة وغلافه
ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم
~~لانه فيه ضرورة~~ وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها
بالكم لان فيه ضرورة ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ
القران وفي الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم الحيض
لاقل من عشرة ايام لم يحل وطيها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى
فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت

الصلاة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلاة صارت
دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها
حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في
الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطيها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد
له على العشرة الا انه لا يستحب للنهي في القراة بالتشديد قال والطهر اذا تخلل بين
الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رحمه الله هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة
رحمه الله ووجهه ان استيعاب الدم بمدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله
واخره كالنصاب في باب الزكاة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل هو اخر
اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي
لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب
الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله وانه لا يعرف
الا توقيفا ولا غاية للاكثر لانه قد يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا
استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة
كالرعاف الدايم لا يمنع الصوم والصلاة ولا الوطي لقوله عليه الصلاة والسلام توضئي
وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلاة فيثبت حكم الصوم والوطي
بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى
ايام عادتها والذي زاد استحاضة لقوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تدع
الصلاة ايام اقرايها ولان الزايد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به
وان ابتدات مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة
لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك **فصل** المستحاضة ومن به سلس البول
والرعاف الدايم والجرح الذي لا يرقا يتوضؤن لكل صلاة فيصلون بذلك الوضوء
في الوقت ما شاؤا من الفرايض والنوافل وقال الشافعي تتوضا المستحاضة لكل
مكتوبة لقوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تتوضا لكل صلاة ولان اعتبار
طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
المستحاضة تتوضا لوقت كل صلاة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال

انه لصلاة الظهر اى وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه
واذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلاة اخرى وهذا عند
علمائنا الثلاثة وقال زفر استانفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس
اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر اجزاهم
حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اى عنده
بالحدث السابق عند ابى حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابى يوسف و
فائدة الخلاف لا تظهر الا فيمن توضا قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر
رحمه الله ان اعتبار الطهارة مع المنافى للحاجة اى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر
ولابى يوسف رحمه الله ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده ولهما
انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت
دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو
توضا المعذور لصلاة العيد له ان يصلى الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة
صلاة الضحى ولو توضا مرة للظهر فى وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلى
العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هى التى لا يمضى عليها وقت
صلاة الا والحدث الذى ابتليت به وجد فيه وكذا كل من هو فى معناها وهو من
ذكرناه ومن به استطلاق بطن او انفلات ريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهى تعم
الكل **فصل** فى النفاس والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ
من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذى
تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا
وقال الشافعى حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد
فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد
خروج بعض الولد فيما يروى فى الكفاية عن ابى حنيفة ومحمد لانه ينفتح فيتنفس به
والسقط الذى استبان بعض خلقه ولد حتى تصير المراة به نفساء وتصير الامة
ام ولد به وكذا العدة تنقضى به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج
من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض واكثره اربعون يوما

والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم وقت للنفساء
اربعين يوما وهو حجة على الشافعى فى اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين
وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة فى النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا
فى الحيض وان لم يكن لها عادة فى النفاس فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن
جعله نفاسا فان ولدت ولدين فى بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند
ابى حنيفة وابى يوسف وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير
وهو قول زفر لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض و
لهذا تنقضى العدة بالاخير اجماعا ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم
على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة انما
تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع **باب** الانجاس وتطهيرها تطهير
النجاسة واجب عن بدن المصلى وثوبه والمكان الذى يصلى فيه لقوله تعالى وثيابك
فطهر وقال عليه الصلاة والسلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير
بما ذكرنا فى الثوب وجب فى البدن والمكان لان الاستعمال فى حالة الصلاة يشمل الكل
ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما
اذا عصر انعصر وهو عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد وزفر والشافعى لا يجوز الا
بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك
فى الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية لعلة القلع والازالة والنجاسة
للمجاورة فاذا انتهى اجزاء النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب
والبدن وهو قول ابى حنيفة واحدى الروايتين عن ابى يوسف وعنه انه فرق بينهما
فلم يجوزه فى البدن بغير الماء واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة
والدم والمنى فجفت فدلكه فى الارض جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز وهو
القياس الا فى المنى خاصة لان المتداخل فى اجزاء الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف
المنى على ما ذكر ولهما قوله عليه الصلاة والسلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض
لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم
اذا جف واذا زال زال ما قام به وفى الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض

يكثر ولا يطهره وعن ابي يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة تطهر
لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا وان اصابه بول فيبس لم يجزه
حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها
وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزى فيه الا الغسل وان يبس
لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني
نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله صلى الله عليه وسلم
لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي المني
طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه الصلاة والسلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر
منها المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا انه يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم
والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة او السيف اكتفى بمسحهما لانه
لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت
بالشمس وذهب اثرها جازت الصلاة على مكانها وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى
لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم زكاة
الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب
فلا يتأدى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والغائط
والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار اذا اصاب الثوب جازت الصلاة معه وان
زاد لم يجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب
للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر
الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة
وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير
المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق الرقيق والثانية في الكثيف
وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به وان كان
مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك
عن ابي حنيفة رحمه الله لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في بعض

الاحكام

الاحكام وعنه ربع الثوب يجوز فيه الصلاة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه
كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف انه شبر في شبر وعن محمد انه ذراع في ذراع وانما
كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين
على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم
لم تجز الصلاة فيه عند ابي حنيفة لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت
التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا
وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في
التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت
في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم
وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول وعن محمد انه لما
دخل الري ورأى بلوى الناس افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه
طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى
يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده
مخفف نجاسته عند ابي يوسف ولحمه مأكول عندهما واما عند ابي حنيفة فالتخفيف لتعارض
الآثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلاة
فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد
قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا
يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الاناء
قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم السمك او من
لعاب الحمار او البغل اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلاة فيه اما دم السمك فلانه ليس
بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا
واما لعاب البغل والحمار فانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر فان انتضح عليه من
البول مثل رؤوس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه والنجاسة
ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لان النجاسة حلت

بالمحل باعتبار العين فتزول بزواله الا ان يبقى من اثره ما يشق ازالته لان الحرج
موضوع وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل
مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل
انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن
كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب
الظاهر مقامه تيسيرا ويتايد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر
في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج **فصل** في الاستنجاء الاستنجاء سنة
لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه
لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال
الشافعي لا بد من الثلاث لقوله صلى الله عليه وسلم وليستنج بثلاثة احجار ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على
الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف جاز بالاجماع
وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا وانزلت الاية في
اقوام كانوا يتبعون الاحجار بالماء ثم هو ادب وقيل سنة في زماننا ويستعمل
الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر
بالثلاث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء
وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير
الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه
ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط اعتبار
ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر الاعضاء ولا يستنجي بعظم
ولا بروث لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى
النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة
واسراف ولا بيمينه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء باليمين

كتاب الصلاة

باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض
في الافق واخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه ام رسول الله

صلى الله

صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر الثاني وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت
الشمس تطلع ثم قال في اخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك ولا يعتبر بالفجر الكاذب
وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه الصلاة والسلام لا يغرنكم
اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيه واول وقت
الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس
واخر وقتها عند ابي حنيفة رحمه الله اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا
اذا صار الظل مثله وهو رواية ابي حنيفة وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء
وقت الزوال لهما امامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله عليه
الصلاة والسلام ابردوا بالظهر في الصيف فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر
في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت
العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين واخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله صلى الله
عليه وسلم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت
المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي مقدار ما
يصلي فيه ثلاث ركعات لان جبريل عليه السلام ام في اليومين في وقت واحد ولنا
قوله عليه الصلاة والسلام اول وقت المغرب حين تغرب الشمس واخره حين يغيب
الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق
بعد الحمرة عند ابي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي
لقوله عليه الصلاة والسلام اخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف
على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك في الموطا وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم واول
وقت العشاء اذا غاب الشفق واخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه الصلاة والسلام
اخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث
الليل واول وقت الوتر بعد العشاء واخره ما لم يطلع الفجر لقوله صلى الله عليه وسلم
في الوتر فصلوها بعد العشاء الى طلوع الفجر قاله وعند ابي حنيفة وقته وقت
العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب الاسفار بالفجر
لقوله عليه الصلاة والسلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي رحمه الله

يستحب التعجيل في كل صلاة ولحجة عليه ما رويناه وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف
وتقديمها في الشتا لما روينا ولرواية انس رضي الله عنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا
كان في الشتاء بكر بالظهر وان كان في الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس
في الشتا والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهيتها بعده والمعتبر فيه تغير القرص
وهو ان يكون بحال لا تحار فيه الاعين وهو الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب
تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه الصلاة والسلام
لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشا وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل
لقوله صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لاخرت العشا الى ثلث الليل ولان فيه قطع
السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل
مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر
بواحد فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع
السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يالف صلاة الليل ان يوخر الوتر الى اخر الليل وان لم يثق
بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله صلى الله عليه وسلم من خاف ان لا يقوم اخر الليل فليوتر
اوله ومن طمع ان يقوم اخر الليل فليوتر اخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب في
الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفي العصر والعشا تعجيلها لان في تاخير العشا تقليل
الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في
الفجر لان تلك المدة مدة مديدة وعن ابي حنيفة رحمه الله التاخير في الكل للاحتياط
الا ترى انه يجوز الادا بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلاة

لا تجوز عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة
قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها وان نقبر موتانا
عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيفت للغروب حتى تغرب
والمراد بقوله وان نقبر صلاة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة
على الشافعي في تخصيصه الفرايض والنوافل بمكة وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل
يوم الجمعة وقت الزوال ولا صلاة الجنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى
الصلاة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجز القايم من الوقت لانه لو تعلق

بالكل

بالكل لوجب الادا بعده ولو تعلق بالجز الماضي فالمؤدي في اخر الوقت قاض واذا كان
كذلك فقد اداها ناقصة بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا تتادى
بالناقص قال والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى
لو صلاها فيه او تلا سجدة فيه فسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب
بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر
حتى تغرب الشمس لما روينا انه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولا باس بان يصلي في
هذين الوقتين الفوايت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض
ليصير الوقت من بعده كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرايض وفيما
وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته
وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم
الطواف وصيانة المؤدى ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لان النبي
صلى الله عليه وسلم لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوات ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض
لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام الى الخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من
الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة
للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السما ولا
ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال
الشافعي فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان النبي صلى الله عليه وسلم امره بالترجيع ولنا انه
لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد
الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لان بلالا رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم
مرتين حين وجد النبي صلى الله عليه وسلم راقدا فقال عليه الصلاة والسلام ما احسن هذا
اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا
انه يزيد بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السما
وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي في قوله انه فرادا الا قوله قد قامت الصلاة ويترسل
في الاذان ويحذر في الاقامة لقوله صلى الله عليه وسلم لبلال رضي الله عنه اذا اذنت فترسل
واذا اقمت فاحذر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان النازل من

السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره
لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلاة والفلاح يمينه ويساره لانه خطاب للقوم
فيواجههم به وان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه
يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة
فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي صلى الله
عليه وسلم بلالا رضي الله عنه ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة
اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة
حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما
تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس
وخص الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني
في الامور الدينية قال ابو يوسف لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير في الصلوات كلها
السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة حي على الفلاح
الصلاة يرحمك الله واستبعد محمد لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف
خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا
القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه
ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين
ولابي حنيفة ان التاخير مكروه فيكتفى بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في
مسئلتنا مختلف وكذا النغم فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال
الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه قال
يعقوب رايت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وانه يفيد ما قلنا
وان المستحب ان يكون المؤذن عالما بالسنة لقوله صلى الله عليه وسلم ويؤذن لكم خياركم
ويؤذن للفائتة ويقيم لان النبي قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة
وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام
لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء

وان

وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رحمه الله تعالى
وعن محمد انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان
يؤذن ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلاة فكان
الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل
بين الاقامة والصلاة ويروى لا تكره الاقامة ايضا لانها احد الاذانين ويروى
انه يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو
جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان شبها
بالصلاة فتشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي
الجامع الصغير اذا اذن واقام على غير وضوء لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد
وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة
روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا تعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع
دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزاه يعني الصلاة لانها جائزة بدون الاذان و
الاقامة وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن
لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت
تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل
لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله صلى الله عليه وسلم لبلال رضي الله عنه لا تؤذن
حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يده عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه
الصلاة والسلام لابني ابي مليكة رضي الله عنه اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما
جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة
حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون وان صلى في بيته في
المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جميعا جاز
لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا وليؤمكما اكبركما قوما

باب شروط

الصلاة التي تتقدمها يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس
على ما قدمنا قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر
عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلاة

وقال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لحايض الا بخمار اى بالغة وعورة الرجل ما تحت
السرة الى الركبة لقوله صلى الله عليه وسلم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون
سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي
والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا
بقوله عليه افضل الصلاة والسلام الركبة من العورة وبدن الحرة كله عورة الا وجهها
وكفيها لقوله عليه الصلاة والسلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء
بابدائهما قال رحمه الله تعالى وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة
وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعه مكشوف تعيد الصلاة عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان اقل من النصف
لا تعيد لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة
وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة في الرواية المانعة لانه ليس بقليل
او عدم في غير المانعة الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الراس
والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة
والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد
به النازل من الراس وهو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة
الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر عورة بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو
الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها
عورة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله تعالى عنه الق عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحراير ولانها تخرج في حاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها
بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى
معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو
صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع
فكذلك عند محمد وهو احد قولي الشافعي لان في الصلاة فيه ترك فرض واحد وفي الصلاة
عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي
فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلاة حالة الاختيار ويستوى

في حق المقدار فيستويان في حكم الصلاة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا ولا فضيلة
لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى
عريانا قاعدا يومي ايماء بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فان صلى قايما اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء
هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلاة
وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان وينوي الصلاة التي
يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام
الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة
فلا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم على التكبير كالقايم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه
وهو عمل لا يليق بالصلاة ولا معتبر بالمتاخر منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة
لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه
اى صلاة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته
ثم ان كان الصلاة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان
كانت فرضا فلا بد من تعيينه فرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا
بغيره ينوي الصلاة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلاة من جهته فلا بد من التزامه
ويستقبل لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن
كان غايبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن
كان خايفا يصلي الى اى جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت
عليه القبلة وليس بحضرته من يساله عنها اجتهد لان الصحابة رضي الله عنهم تحروا
وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب
عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحري فان علم انه اخطا بعد ما صلى لا
يعيدها وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطا ونحن نقول ليس في
وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في
الصلاة استدار الى القبلة وبنى لان اهل قبا لما سمعوا بتحول القبلة الى الكعبة استداروا
كهيأتهم واستحسنه النبي صلى الله عليه وسلم وكذا ان تحول رايه الى جهة اخرى توجه اليها

لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المودى قبله ومن ام قوما في
ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم
الى جهة وكلهم خلفه لا يعلمون ما صنع الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحري
وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلاته
لانه اعتقد ان امامه على الخطا وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلاة

فرايض الصلاة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح
والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران
والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا والقعدة في اخر الصلاة مقدار التشهد
لقوله عليه الصلاة والسلام لابن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا
فقد تمت صلاتك علق التمام بالفعل قرا او لم يقرا وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم
السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع
مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر و
تكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا يجب سجدتا السهو
بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما ثبت وجوبها بالسنة واذا شرع في الصلاة
كبر لما تلونا وقال عليه الصلاة والسلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى
ان من تحرم للفرض كان له ان يودي بها التطوع وهو يقول يشترط لها ما يشترط لساير الاركان
وهذا اية الركنية ولنا انه عطف الصلاة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر
كتكرار الاركان ومراعاة الشرايط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة
لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي
عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي رحمهما الله والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء
عن غير الله تعالى والنفي مقدم ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي
يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي
رضي الله عنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وايل والبرا وانس
رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام
الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمراة ترفع يديها حذاء منكبيها هو الصحيح

لانه استر لها فان قال بدل عن التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله
او غيره من اسماء الله تعالى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى
ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الا بالاوليين وقال مالك رحمه الله لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه
التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف واللام فيه ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف
يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر
الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلاة بالفارسية
وهو يحسن العربية اجزاه عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن
العربية اجزاه او قرا فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية اما الكلام في الافتتاح
فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية
ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القران اسم للمنظوم العربي كما
نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل
بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا
يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان
سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في
الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتشهد على هذا الخلاف وفي الاذان يعتبر التعارف وان افتتح الصلاة
باللهم اغفر لي لم يجزه لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد
قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجوز لان معناه يا الله امنا بخير فكان سوالا
ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى ويضعهما تحت السرة لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السنة
وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي
في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم
الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان
كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت و
صلاة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ

وعن ابي يوسف انه يضم اليه قوله اني وجهت وجهي اد الرواية انه عليه الصلاة والسلام
كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح
الصلاة كبر وقرا سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على حالة
التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا ياتي به في الفرائض والاولى ان لا ياتي
بالتوجه قبل التكبير لتتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان
الرجيم لقوله تعالى فاذا قرات القران فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا
اردت قراة القران والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القران ويقرب منه اعوذ
بالله ثم التعوذ تبع للقراة دون الثنا عند ابي حنيفة ومحمد لما تلونا حتى ياتي المسبوق
دون المقتدي ويواخر عن تكبيرات العيد قال ويقرا بسم الله الرحمن الرحيم هكذا
نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام
وذكر منها التعوذ والبسملة وامين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراة
لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلاته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم
لان انسا رضي الله عنه اخبر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رحمه الله
لا ياتي بها في اول ركعة كالتعوذ وعنه انه ياتي بها احتياطا وهو قولهما ولا ياتي بها بين
السورة والفاتحة الا عند محمد فانه ياتي بها في صلاة المخافتة ثم يقرا فاتحة الكتاب و
سورة او ثلث ايات من اي سورة شاء فقراة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا
ضم السورة اليها خلافا للشافعي في الفاتحة ولمالك رحمه الله فيهما له قوله صلى الله عليه وسلم
لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي رحمه الله لا صلاة الا بفاتحة
الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز
لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال امين ويقولها
المؤتم لقوله عليه الصلاة والسلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله
عليه الصلاة والسلام اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين من حيث القسمة لانه
قال في آخره فان الامام يقولها ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد خطا فاحش
ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر

عند

عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطا من حيث الدين
لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج
بين اصابعه لقوله صلى الله عليه وسلم لانس رضي الله عنه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك
وفرج بين اصابعك ولا يندب التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ
ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره
لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع راسه ولا ينكسه
لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا ركع لا يصوب براسه ولا يقنعه ويقول سبحان
ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع راسه ويقول سمع الله
لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة وقالا يقولها
في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين
ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله
لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وهذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا ياتي المؤتم
بالتسميع عندنا خلافا للشافعي ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف
موضوع الامامة والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح
وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام اتى به معنى ثم اذا
استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا بالدلالة عليه واما الاستواء
قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفترض ذلك وهو قول الشافعي لقوله
عليه الصلاة والسلام قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلاة
ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى
فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته اياه صلاة
حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلاتك ثم القومة والجلسة
سنة عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب
سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر رضي الله عنه
وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ووضع

وجهه بين كفيه ويداه حذاء اذنيه لما روي انه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك ويسجد
على انفه وجبهته لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله
عليه الصلاة والسلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة
ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور
فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما
واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته
او فاضل ثوبه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته ويروى انه صلى الله
عليه وسلم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه
لقوله صلى الله عليه وسلم وابد ضبعيك ويروى وابد من الابداد وهو المد والاول من
الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه كان عليه الصلاة والسلام اذا سجد
جافى حتى ان بهيمة لو ارادت ان تمر بين يديه مرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي
كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا سجد
المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه نحو القبلة ما استطاع ويقول
في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك ادناه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا سجد احدكم
فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب
ان يزيد على الثلاث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه كان عليه الصلاة والسلام
يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات
الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمراة
تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها ثم يرفع راسه ويكبر
لما روينا فاذا اطمان جالسا كبر وسجد لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الاعرابي ثم ارفع
راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب
لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فتتحقق
الثانية فاذا اطمان ساجدا كبر وقد ذكرناه ويستوي قائما على صدور قدميه ولا يقعد

ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا
على الارض لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول
على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلاة ما وضعت لها ويفعل
في الثانية مثل ما يفعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا
يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي
في الركوع والرفع منه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي
يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه واذا رفع راسه
من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب
اليمنى نصبا ووجه اصابعها نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود
رسول الله في الصلاة ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد يروى
ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه نحو القبلة فان كان امراة
جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها
والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله
وبركاته الخ وهو تشهد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فانه قال اخذ رسول الله
صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني السورة من القران وقال قل
التحيات لله الخ والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنهما وهو
قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله
وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين الخ لان فيه الامر واقله الاستحباب
والالف واللام وهي للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد
التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول
الله صلى الله عليه وسلم التشهد في وسط الصلاة واخرها فاذا كان وسط الصلاة نهض
اذا فرغ من التشهد وان كان اخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وان يقرا في الركعتين
الاخيرتين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم

قراء في الاخيرتين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل وهو الصحيح لان القراءة فرض
في الركعتين على ما نذكر بعد ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من
حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما ولانها اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك
والذي يروى انه عليه الصلاة والسلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر
وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي
فيهما لقوله صلى الله عليه وسلم اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك ان شئت ان تقوم
فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم خارج الصلاة واجبة
اما مرة واحدة كما قاله الكرخي او كلما ذكر عليه الصلاة والسلام كما اختاره الطحاوي فكفينا
مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما شاء بما يشبه الفاظ
القرآن والادعية المأثورة بما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال له النبي صلى الله
عليه وسلم ثم اختر من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ليكون
اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور
المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل سؤاله
من العباد كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول هو الصحيح
لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه ويقول السلام
عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض
خده الايسر وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة و
كذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في
صلاته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان
كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيه وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف
ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ من
الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين
هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت
فاشبه الايمان بالانبياء عليهم الصلاة والسلام ثم اصابة لفظ السلام واجبة عندنا

وليست

وليست بفرض خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام تحريمها التكبير
وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية
والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية **فصل** في
القراءة ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي
الاخريين هذا هو المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه
امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر
ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله
عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء اي ليست قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك
والحجة عليه ما روينا ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي
التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد لانه مكمل له فيكون
تبعا له ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده يخافت
ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه
التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب
لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة
وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما
لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان
قراءة الفاتحة شرعت على وجه تترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب
الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها
على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب
لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه
ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع و
تغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره
وهذا عند الهندواني والامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمهم الله تعالى لان مجرد حركة
اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي رحمه الله ادنى الجهر ان يسمع نفسه

وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ
الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق
والاستثنا وغير ذلك وادنى ما يجزى من القراة في الصلاة اية عند ابي حنيفة وقالا
ثلاث ايات قصار او اية طويلة لانه لا يسمى قاريا بدونه فاشبه قراة ما دون
الاية وله قوله تعالى فاقروا ما تيسر من القران من غير فصل الا ما دون الاية
خارج والاية في معناه وفي السفر يقرا بفاتحة الكتاب واى سورة شاء لما روى
ان النبي صلى الله عليه وسلم قرا في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان السفر اثر في
اسقاط شطر الصلاة فلان يوثر في تخفيف القراة اولى وهذا اذا كان على عجلة
من السير وان كان في امنة وقرار يقرا في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه
يمكنه مراعات مع التخفيف ويقرا في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين اية او خمسين
اية سوى الفاتحة ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى ماية وبكل ذلك
ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرا بالراغبين ماية وبالكسالى اربعين وبالاوسط
ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال
وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه
لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملل والعصر والعشا سواء يقرا
فيهما باواسط المفصل وفي المغرب بدون ذلك يقرا فيها بقصار المفصل والاصل
فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنه ان اقرا في الفجر والظهر بطوال
المفصل وفي العصر والعشاء باواسط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل و
لان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف واليق بها والعصر والعشا يستحب فيهما
التاخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاواسط
ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة و
ركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تعالى
احب الى ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روى
ابو قتادة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يطيل الركعة الاولى على غيرها
في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويتا في استحقاق القراة فيستويان

في

21

في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث
الثنا والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث ايات
لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراة سورة
بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت شيئا من القران لشيء من
الصلوات بان يقرا سورة السجدة وهل اتى في الفجر في كل جمعة لما فيه من هجر الباقي
وايهام التفضيل ولا يقرا المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي في الفاتحة له ان
القراة ركن من الاركان فيشتركان فيها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من كان
له امام فقراة الامام له قراة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن يشترك
بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع وقال عليه الصلاة والسلام
واذا قرا فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد ويكره
عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرا الامام اية الترغيب والترهيب
لان الاستماع فرض بالنص والسراية وسوال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك
يخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي صلى الله عليه وسلم لفرضية الاستماع
الا ان يقرا الخطيب يا ايها الذين امنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع في نفسه
واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة الجماعة سنة موكدة لقوله عليه الصلاة والسلام الجماعة من سنن
الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن
ابي يوسف اقرأهم لان القراة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن
نقول القراة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لساير الاركان فان تساووا
فاقرأهم لقوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء
فاعلمهم بالسنة واقرأهم ان كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم
في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه
السلام من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله
عليه السلام وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم
العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه

لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يفقهه
فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز
لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول بهم الصلاة لقوله
صلى الله عليه وسلم من ام قوما فليصل بهم صلاة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير
وذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلوا عن ارتكاب محرم وهو
قيام الامامة وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن قامت الامامة وسطهن
لان عايشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها على الجماعة على ابتدا الاسلام
ولان في التقديم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث
ابن عباس رضي الله عنهما فانه صلى الله عليه وسلم صلى به واقامه عن يمينه ولا يتاخر
عن الامام وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر
وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم
عليهما وعن ابي يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه ولنا
انه عليه الصلاة والسلام تقدم على انس واليتيم رضي الله عنهما حين صلى بهما فهذه
للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامراة او صبي اما المراة
فلقوله عليه الصلاة والسلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها و
اما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة
جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق
بين ابي يوسف ومحمد والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون
نفل البالغ حيث لا يلزمه القضا بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على
الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف
اقتداء الصبي بالصبي لان الصلاة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم
الخناثى ثم النسا لقوله عليه الصلاة والسلام ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى
ولان المحاذاة مفسدة فيوخرن وان حاذته امراة وهما مشتركان في صلاة
واحدة فسدت صلاته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو
قول الشافعي رحمه الله اعتبارا بصلاتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان

ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون لفرض المقام فتفسد
صلاته دون صلاتها كالماموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم يضره ولا
تجوز صلاتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب
في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتدا وانما نشترط فيه الامامة اذا اقيمت محاذاته و
ان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احدهما ان الفساد في الاول لازم
وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلاة مشتركة وان تكون مطلقة
وان تكون المراة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حايل لانها عرفت مفسدة بالنص
بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب
منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء
والعيدين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة
لقلة الرغبة فلا يكره كالعيد وله ان فرط الشبق حامل فيقع الفتنة غير ان الفساق
انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشا فانهم نائمون وفي المغرب بالطعام
مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره ولا يصلي الطاهر
خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى
حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى انه تتضمن
صلاته صلاة المقتدي ولا يصلي القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة
حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى
وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه
طهارة مطلقة ولهذا لا تتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان
الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة
لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القايم خلف القاعد وقال
محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القيام ونحن تركناه بالنص وهو ما روي
انه عليه الصلاة والسلام صلى اخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي
خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان
القعود معتبر فتثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال

المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بنا ووصف الفريضة معدوم في حق الامام فلا يتحقق البنا على المعدوم ولا يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا اخر لان الاقتدا شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح في جميع ذلك لان الاقتدا عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه اصل الصلاة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البنا ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلاته واعادوا وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلاتهم فاسدة عند ابي حنيفة وقالا صلاة الامام ومن لا يقرا تامة لانه معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراة مع القدرة عليها فتفسد صلاته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري تكون قراته قراة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرا الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلاتهم وقال زفر لا تفسد لتادي فرض القراة ولنا ان كل ركعة صلاة فلا تخلى عن القراة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلاة

ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضا وبنا والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من قاء او رعف او امذى في صلاته فلينصرف وليتوضا وليبن على صلاته ما لم يتكلم وقال عليه الصلاة والسلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف في صلاته فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف

وقيل

وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حايل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلاة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا الخلاف ما اذا ظن انه افتتح الصلاة على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف ثمة على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبلها وها هنا لو تحقق ما توهمه لا يستقبلها فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحرا له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع للصلاة وان حصر الامام عن القراة فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف بعلة العجز وهو ها هنا الزم والعجز عن القراة غير نادر ولو قرا قدر ما تجوز به الصلاة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد ما قعد مقدار التشهد توضا وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلاة تمت صلاته لانه تعذر البنا لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان راى المتيمم الماء في صلاته بطلت صلاته وقد مر فان راه بعد ما قعد قدر التشهد وان كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا قدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام القاري فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان

صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلاة في قول
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا تبطل وقيل الاصل فيه ان الخروج عن الصلاة بصنع
المصلي فرض عند ابي حنيفة وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده
في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلاة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما
ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وله انه لا يمكنه اداء صلاة اخرى الا
بالخروج عن هذه وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت اي قاربت
التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة حكم
شرعي وهو عدم صلاحية الامامة ومن اقتدى بامام بعد ما صلى ركعة فاحدث
الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا
لانه اقدر على اتمام الصلاة وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم
فلو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام
يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلاة الامام قهقه او احدث متعمدا او
تكلم او خرج من المسجد فسدت صلاته وصلاة القوم تامة لان المفسد في حقه
وجد في خلال الصلاة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد
صلاته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر
التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلاة الذي لم يدرك اول صلاته عند
ابي حنيفة وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا
لهما ان صلاة المقتدي بناء على صلاة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلاة
الامام فكذا صلاته صار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي
تلاقيه من صلاة الامام فتفسد مثله من صلاة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج
الى البناء والمسبوق يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه
والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة
ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام
الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم
غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او

ساجد

ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجدها
يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولوية لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن
وان لم يعد اجزاه لان الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابي يوسف
انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث
الامام وخرج من المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلاة
وتعيين الاول للامامة لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلاته مقتديا بالثاني
كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امراة قيل تفسد صلاته
لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد منه الاستخلاف
قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من العمل

ومن تكلم في صلاته عامدا او ساهيا بطلت صلاته خلافا للشافعي في الخطا و
النسيان ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا
هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي للتسبيح والتهليل وقراءة القران
وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر
ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة العمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان فيها
او تاوه او بكا فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او خوف النار لم يقطعها
لانه يدل على زيادة خشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار
الجزع والتاسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رحمه الله ان قوله آه
لم يفسد في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت
على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد و
حروف الزوائد عشرة جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان
كلام الناس في تفاهمهم العرف يتبع وجود الهجا وافهام المعنى ويتحقق ذلك
في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به
الحروف ينبغي ان تفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشا
اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له اخر يرحمك الله وهو في الصلاة فسدت
صلاته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس

او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه
في صلاته فسدت صلاته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم
فكان من جنس كلام الناس ثم يشترط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال
الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام نفسه
قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح
صلاته فكان هذا من اعمال صلاته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو
الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى
تفسد صلاة الفاتح وتفسد صلاة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن
من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجيهم اليه
بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى اية اخرى ولو اجاب في الصلاة رجلا بلا اله
الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته ولا
يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا
كالتشميت والاسترجاع على هذا الخلاف في الصحيح فان اراد اعلامه انه في
الصلاة لم تفسد بالاجماع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا نابت احدكم نائبة في
الصلاة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد
نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى
منها ركعة فهي هي ويجتزا بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت
نيته وبقي المنوي على حاله واذا قرا الامام من المصحف فسدت صلاته عند
ابي حنيفة وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه
بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة رحمه الله ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب
الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى
هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب
وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلاته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف ان لا يقرا
كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هنالك الفهم اما فساد

الصلاة

الصلاة فبالعمل الكثير وان مرت امراة بين يدي المصلي لم تقطع الصلاة لقوله عليه
الصلاة والسلام لا يقطع الصلاة مرور الشيء الا ان المار اثم لقوله عليه الصلاة و
السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما ياثم
اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حايل ويحاذي اعضاء المار
اعضاءه ولو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه
سترة لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة و
مقدارها ذراع فصاعدا لقوله عليه الصلاة والسلام ايعجز احدكم اذا صلى
في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع
لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة
لقوله عليه الصلاة والسلام من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على
حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه
عليه الصلاة والسلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر
الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن
بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه الصلاة والسلام فادرأوا
ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة
رضي الله عنهم او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما
كفاية **فصل** ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه الصلاة
والسلام ان الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلاة ولان العبث
خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا
ان لا يمكنه السجود فيسويه مرة لقوله عليه الصلاة والسلام مرة يا ابا ذر
والا فذر ولان فيه اصلاح صلاته ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه الصلاة والسلام
لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه
الصلاة والسلام نهى عن الاختصار في الصلاة ولان فيه ترك الوضع المسنون
ولا يلتفت لقوله عليه الصلاة والسلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر
بمؤخر عينه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه الصلاة والسلام كان

فرق

بلا حفظ اصحابه في صلاته بموق عينه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي
رضي الله عنه نهاني خليلي على ثلاث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب
وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب
ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى
حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلاته ولا يتربع الا من عذر لانه فيه ترك
سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط
او بصمغ ليتلبد فقد روي انه عليه الصلاة والسلام نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص
ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن السدل
وهو ان يجعل ثوبه على راسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا ياكل ولا يشرب
لانه ليس من اعمال الصلاة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلاته لانه
عمل كثير وحالة الصلاة مذكرة ولا باس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده
في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه بصنع اهل الكتاب من حيث تخصيص
الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده
على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدرا بالامام ولا باس
ان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنهما ربما كان يستتر بنافع
في بعض اسفاره ولا باس بان يصلي وبين يديه مصحف او سيف معلق لانهما
لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا باس بان يصلي على بساط فيه تصاوير
لان فيه استهانة بالصور ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصنم

الصور

واطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق راسه في
السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل صلوات
الله عليه انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو
للناظر من بعيد لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع
الراس او ممحو الراس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الراس فصار كما اذا صلى
الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط
مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة

اوكانت

او كانت على الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان تكون امام المصلي ثم من
فوق راسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه
يشبه حامل الصنم والصلاة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد
على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلاة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير
ذي الروح لانه لا يعبد ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلاة لقوله عليه
الصلاة والسلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلاة ولان فيه ازالة الشغل
فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا
ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلاة باليد وكذلك عد السور ايضا لان ذلك
ليس من اعمال الصلاة وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا باس بذلك في الفرائض
والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة وعملا بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد
ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده

فصل ويكره استقبال القبلة
بالفرج في الخلاء لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية
لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة
وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه
ينحط اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له
حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه
ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد
للصلاة في البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب
المسجد لانه يشبه المنع من الصلاة وقيل لا باس به اذا خيف على متاع المسجد في غير
اوان الصلاة ولا باس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله
لا باس يشير الى انه لا يوجر عليه لكنه لا ياثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من
مال نفسه اما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى
النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلاة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا سنة
لظهور اثار السنة فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولا يقام له ولابي حنيفة رحمه الله
قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع

الفجر للوجوب ولهذا اوجب القضا بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت
بالسنة وهو المعنى بما روى عنه انه سنة وهو يودى فى وقت العشا فاكتفى باذانه
واقامته قال والوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عايشة
رضى الله عنها انه عليه الصلاة والسلام كان يوتر بثلاث وحكى الحسن اجماع المسلمين
على الثلاث وهذا احد اقوال الشافعى وفى رواية يوتر بتسليمتين وهو قول مالك
والحجة عليهما ما روينا ويقنت فى الثالثة قبل الركوع وقال الشافعى بعده لما روى
انه صلى الله عليه وسلم قنت فى اخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام
قنت قبل الركوع وما زاد على النصف اخره ويقنت فى جميع السنة خلافا للشافعى فى غير
النصف الاخير من رمضان لقوله عليه الصلاة والسلام للحسن رضى الله عنه حين علمه
دعاء القنوت اجعل هذا فى وترك من غير فصل ويقرا فى كل ركعة من الوتر بفاتحة
الكتاب وسورة معها لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران وان اراد ان يقنت كبر
لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدى
الا فى سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت فى صلاة غيرها خلافا للشافعى رحمه الله
فى الفجر لما روى ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قنت فى صلاة الفجر
شهرا ثم تركه فان قنت الامام فى صلاة الفجر يسكت من خلفه عند ابى حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يتبعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما
انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل يقعد
تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعى والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز
الاقتدا بالشفعوية وعلى المتابعة فى قراءة القنوت فى الوتر واذا علم المقتدى منه
ما يزعم فساد صلاته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتدا به والمختار فى القنوت الاخفا
لانه دعاء

باب النوافل

النوافل السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر و
بعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتين بعد المغرب واربع قبل
العشا واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ثابر على
ثنتى عشرة ركعة فى اليوم والليلة بنى الله له بيتا فى الجنة وفسر على نحو ما ذكر فى الكتاب
غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه فى الاصل حسنا وخير لاختلاف الاثار

والافضل

والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشا ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة
وذكر فيه ركعتين بعد العشا وفى غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل
خصوصا عند ابى حنيفة على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة
واحدة عندنا كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه خلاف الشافعى قال
ونوافل النهار ان شاء صلى ركعتين بتسليمة وان شاء اربعا ويكره الزيادة
على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ان صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز
ويكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفى الجامع الصغير
لم يذكر الثمانى فى صلاة الليل ودليل الكراهة انه عليه الصلاة والسلام لم يزد
على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل فى الليل عند ابى يوسف ومحمد
مثنى مثنى وعند ابى حنيفة فيهما اربع اربع للشافعى قوله عليه الصلاة والسلام صلاة
الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابى حنيفة انه عليه الصلاة
والسلام كان يصلى بعد العشا اربعا روته عايشة رضى الله عنها وكان
صلى الله عليه وسلم يواظب على الاربع فى الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة
وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلى اربعا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين
وعلى القلب يخرج والتراويح تودى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى
ما رواه شفعا لا وترا

فصل

القراءة فى الفرض واجبة فى الركعتين وقال
الشافعى فى الركعات كلها لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بقراءة وكل
ركعة صلاة على حدة وقال مالك فى ثلاث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل
تيسيرا ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر منه والامر بالفعل لا يقتضى التكرار وانما
اوجبنا فى الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان
يفارقانهما فى حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما
والصلاة فيما روى مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهى ركعتان عرفا
كمن حلف لا يصلى صلاة بخلاف ما اذا حلف لا يصلى قال وهو مخير فى الاخريين
معناه ان شاء سكت وان شاء قرا وان شاء سبح كذا روى عن ابى حنيفة
وهو ماثور عن على وابن مسعود وعايشة رضى الله عنهم الا ان الافضل

ان يقرا لانه عليه الصلاة والسلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب سجدتا السهو بتركها في
ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل
شفع منه صلاة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة
الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا رحمهم الله ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة
واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي
لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المودى وقع قربة فيلزمه
الاتمام ضرورة صيانة عن البطلان وان صلى اربعا وقرا في الاوليين وقعد ثم افسد
الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة
فيكون ملزما هذا اذا افسدت الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع
في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر
لهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا يتعلق
بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا
احتياطا لانها بمنزلة صلاة واحدة وان صلى اربعا ولم يقرا فيهن شيئا اعاد ركعتين
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يقضي اربعا وهذه
المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في
احداهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة في
الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة
ركن زايد الا ترى ان للصلاة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد
الاداء لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريمة وعند ابي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في
الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احداهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع
صلاة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد
في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا
اذا عرفنا هذا فنقول اذا لم يقرا في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت
بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الثاني وبقيت عند ابي يوسف
فصح الشروع في الشفع الثاني ثم افسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع

عنده

28

عنده ولو قرا في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة
لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد
الشفع الاول ولو قرا في الاخريين لا غير فعليه قضا الاوليين بالاجماع لان
عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف ان صح فقد اداها ولو
قرا في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرا في
الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرا في احدى
الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند
ابي حنيفة لان التحريمة باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد
ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة
انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ولو قرا في احدى الاوليين
لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين ولو قرا في احدى الاخريين لا غير
قضا اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين قال رحمه الله وتفسير قوله عليه الصلاة
والسلام لا يصلى بعد صلاة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون
بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة
على القيام لقوله عليه الصلاة والسلام صلاة القاعد على النصف من صلاة
القايم ولان الصلاة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا
ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة
التشهد لانه عهد مشروعا في الصلاة وان افتتحها قايما ثم قعد من غير عذر
جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس
لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صح بدونه
بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند
بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت
يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت
فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه القافلة او ينقطع هو عن القافلة

وانما قال وكذا عند ابي حنيفة اشارة الى انه
ليس قوله بالاتفاق بينهما بل انما هو قوله على
رواية محمد وهو فصل [illegible]
وعند محمد يقضي ركعتين بناء على اصله
التحريمة قد بطلت بترك القراءة في احدى
الاوليين وابو يوسف ايضا مع محمد على اصله
ان التحريمة باقية فصح الشروع في الشفع
الثاني واما ابو حنيفة فقد جرت محاورة
بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض
عليه الجامع الصغير فقال ابو يوسف
رويت لك عنه ان عليه قضاء ركعتين و
قال محمد بل رويت لي عنه ان عليه قضاء
اربع ركعات والاصل المذكور يساعد
محمدا وعند ابي يوسف بان ما حفظه هو
قياس مذهب ابي حنيفة لان التحريمة
ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة
فلا يلزم الشفع الثاني بالشروع فيه

اما الفرايض مختصة بوقت والسنة الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة رحمه الله ينزل
لسنة الفجر لانها اكد من سايرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر و
الجواز في المصر وعن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج
المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى
ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته
على النزول فاذا اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر
على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف انه استقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد
اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاول اصح هو الظاهر **فصل** في قيام رمضان ويستحب
ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشا فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل
ترويحة بتسليمتين يجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ
الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لانه واظب عليها
الخلفاء الراشدون والنبي صلى الله عليه وسلم بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية
ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد
عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك الفضيلة
لان افراد الصحابة يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين
مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض
الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها
بعد العشا قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح ان وقتها بعد العشا الى اخر
الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشا ولم يذكر قدر القراءة فيها و
اكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد
من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر جماعة الا في شهر رمضان
لانه عليه اجماع المسلمين **باب** ادراك الفريضة ومن صلى من الظهر ركعة ثم اقيمت
يصلي اخرى صيانة للمودى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة
وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض و
القطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر

او الجمعة

او الجمعة فاقيم او خطب الامام يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله
وقد قيل يتمها وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل
النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه محل
الرفض ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قايما ينوي الدخول في صلاة
الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت
واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها
اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام
لا يشرع في صلاة الامام لكراهية النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد
المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة الامام
ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه الصلاة والسلام
لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع الا
اذا كان من ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان قد صلى وكانت
الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله تعالى مرة الا اذا اخذ المؤذن
في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان
اخذ فيها لكراهية النفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلاة الفجر وهو لم يصل ركعتي
الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل
مع القوم لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام ولم يصل
لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في
الحالين لانه يمكن اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف
ومحمد في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء
الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهية في المسجد اذا كان الامام
في الصلاة والافضل في عامة السنن والنوافل اداؤها في المنزل هو المروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه
نفل مطلق وهو مكروه بعد صلاة الفجر قال ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان يقضيهما اذا ارتفعت الشمس

الى وقت الزوال لانه عليه الصلاة والسلام قضاها بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة
التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث
ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو يصلي
بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ واما سائر السنن
سواها فلا تقضى بعد الوقت وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض قال
ومن ادرك ركعة من الظهر ولم يدرك الثلاث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد
قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة
لكنه لم يصل بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في
يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة
ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه
قيل هذا في غير سنة الفجر والظهر لان لهما زيادة مزية قال عليه الصلاة والسلام في سنة
الفجر صلوها وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله
شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عليه الصلاة والسلام واظب عليها عند اداء المكتوبات
بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات
للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف
حتى رفع الامام راسه من الركوع لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر هو يقول
ادرك الامام فيما له حكم القيام فصار كما لو ادركه في حقيقة القيام ولنا ان الشرط
هو المشاركة في افعال الصلاة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي
قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام
غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في
الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلاة قضاها اذا ذكرها و
قدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا
مستحق وعند الشافعي مستحب لان كل فرض اصل في نفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا
قوله عليه الصلاة والسلام من نام عن صلاة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام
فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلاها مع الامام ولو

خاف

خاف فوت الوقت تقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت
وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز
لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيره بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية
حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في
القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق
فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات
لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما سقط بينها
وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلاة السادسة
وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلاة يوم وليلة
اجزأته التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول
وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في
الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة
لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون ولو
قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي
عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة
فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الوقت في حيز
القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها
ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت
وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلاة عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يبطل لان التحريمة عقدت للفرض
فاذا بطلت الفرضية بطلت ولهما انها عقدت لاصل الصلاة بوصف الفرضية
فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر تفسد فسادا
موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك
في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله

خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده وسنة عندهما ولا ترتيب فيما بين
الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين
انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر
فرض على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء.

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند
الشافعي يسجد قبل السلام لما روى انه عليه الصلاة والسلام سجد للسهو قبل السلام
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لكل سهو سجدتان بعد السلام وروى انه سجد سجدتي
السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو
مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في
الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود
ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان
الدعاء موضعه اخر الصلاة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلاته فعلا من جنسها
ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر
نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب
الا بترك واجب او بتاخيره او تاخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب
بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا ترك
فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها
بالسنة قال او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات
العيد لانها واجبات فانه عليه الصلاة والسلام واظب عليها من غير ترك مرة
وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلاة فيدل انها من خصائصها
وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما و
كل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما
يجهر لزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات
واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين لان اليسير
من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما يصح به الصلاة كثير غير

ان

ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلث آيات وهذا في الامام دون المنفرد لان الجهر
والمخافتة من خصائص الجماعة قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لوجود السبب
الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد
المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا فان سهى المؤتم لم يلزم الامام و
لا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل
تبعا ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حال القعود اقرب عاد وقعد
وتشهد لان ما يقرب الى الشيء ياخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير والاصح انه لا يسجد
كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد اليه لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك
الواجب وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد
لان فيه اصلاح صلاته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة محل الرفض قال والغى الخامسة
لانه رجع الى شيء محله قبلها فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة
بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال
اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة
صلاة حقيقة حتى يحنث في يمينه لا يصلي وتحولت صلاته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة وان لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم
انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد برفعها لان
تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الخلاف فيما اذا سبقه الحدث
في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى
القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع و
امكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة
بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظ السلام و
هي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير الركعتان له نفلا لان الركعة الواحدة
لا تجزيه لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن البتيراء ثم لا ينوبان عن سنة الظهر هو الصحيح
لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان
في الفرض بالخروج لا على وجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على وجه المسنون

ولو قطعها لا يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند
محمد لانه هو المؤدي بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض
ولو افسده المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف يقضي ركعتين
لان السقوط بعارض يخص الامام قال ومن صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد
للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلاة
بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلاة ومع هذا
لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلاته بعد التسليم
فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه
عن الصلاة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلاة
لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه
وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم
العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض
بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلاة وعليه سهو فعليه ان
يسجد لسهوه لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن
شك في صلاته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف
لقوله عليه الصلاة والسلام اذا شك احدكم في صلاته انه كم صلى فليستقبل الصلاة
وان كان يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله عليه الصلاة والسلام من شك في
صلاته فليتحر الصواب فان لم يكن له راى بنى على اليقين لقوله عليه الصلاة والسلام
من شك في صلاته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام
اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية تلغو وعند الـ على الاقل يقعد
في كل موضع يتوهم انه اخر صلاته لئلا يكون تاركا فرض القعدة

باب صلاة المريض

واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه الصلاة والسلام لعمران
بن الحصين رضي الله عنه صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى
الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة فان لم يستطع الركوع والسجود

اومى

اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه
قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه الصلاة
والسلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك فان فعل
ذلك وهو يخفض رأسه اجزاه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه
لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة
واومى بالركوع والسجود لقوله عليه الصلاة والسلام يصلي المريض قائما فان لم
يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى
احق بقبول العذر عنه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة فاومى جاز لما
روينا من قبل الا ان الاولى هو الاول عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي
تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتادى
الصلاة فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت عنه ولا يومي بعينيه ولا بحاجبيه
ولا بقلبه خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالراي ممتنع ولا
قياس على الراس لانه يتادى به ركن الصلاة دون العين وحاجبيه وقوله
اخرت عنه اشارة الى انه لا يسقط الصلاة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا
كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر
على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء
لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان
لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود
وان صلى الصحيح بعض صلاته قائما وحدث به مرض تمها قاعدا يركع ويسجد
او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بنا الادنى على الاعلى فصار
كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلاته قائما عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يستقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء
وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلاته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استانف
عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح صلاة
التطوع قائما ثم اعيى لا باس ان يتوكا على عصا او حائط او يقعد لانه هذا

عذر ظاهر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة
لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود
عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلاة عنده ولا تجوز
عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي
حنيفة رحمه الله والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه
فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الراس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه
ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف
في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها
قضى اذا صح وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء
عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كاملة لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان
ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج فيه والكثير
ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان
بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات
عند محمد لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو الماثور عن علي وابن
عمر رضي الله عنهما **باب في سجود التلاوة** قال سجود التلاوة في القرآن في اربعة عشر في
اخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل
والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا في مصحف عثمان
رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا وموضع السجدة
في حم السجدة عند قوله لا يسامون في قول عمر رضي الله عنه وهو الماخوذ للاحتياط و
السجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن او
لم يقصد لقوله عليه الصلاة والسلام السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها
وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام اية السجدة سجدها وسجد
الماموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا الماموم لم يسجد الامام ولا الماموم في
الصلاة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسجدونها
اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلاة لانه يؤدي الى خلاف

موضوع

33

موضوع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام
عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على
الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلاة بخلاف الجنب ولو
سمعها رجل خارج الصلاة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم
وان سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة
لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلاة و
سجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلاة لم يجزهم لانه ناقص
لمكان النهي فلا يتادى به الكامل قال واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلاة
لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلاة وفي النوادر انه يفسد لانهم زادوا فيها
ما ليس منها وقيل هو قول محمد فان قراها الامام وسمعها رجل ليس معه في
الصلاة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار
مدركا لها بادراك تلك الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه
لانه لو لم يسمعها سجدها معه فههنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق
السبب وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة
لانها صلاتية ولها مزية الصلاة فلا تتادى بالناقص ومن تلا سجدة لم يسجدها
حتى دخل في الصلاة فاعادها وسجدها اجزاته السجدة عن التلاوتين لان
الثانية اقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى
بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود
فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها سجد لها لان الثانية
هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانها صلاتية ولا دخل للاولى فيها
لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس
واحد اجزاته سجدة واحدة فان قراها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع
فقراها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى
السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا
اليق في العبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس

لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف
المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي
المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط ولو تبدل
مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب على السامع لان السبب في حقه السماع و
كذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على
السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه
اعتبارا بسجدة الصلاة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام
لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة قال ويكره ان يقرا السورة
في صلاة او غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا باس بان يقرا
اية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد رحمه الله واحب الي ان يقرا
قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على
السامعين

باب صلاة المسافر

قال السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد
الانسان مسيرة ثلاثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه الصلاة
والسلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها عمت الرخصة
الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف رحمه الله بيومين واكثر اليوم الثالث
والشافعي رحمه الله بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور
هو الوسط وعن ابي حنيفة رحمه الله التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول
ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير
في البر فاما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر في الرباعية
ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا
بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا اية النافلة
بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزاته
والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام وان لم يقعد
في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق
المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر

بالخروج

بالخروج عنها وفيه الاثر ولو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر
حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك
قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر
لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما و
الاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا تصح نية الاقامة
في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو
مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رضي الله عنهما اقام باذربيجان
ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك واذا
دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة
او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان ينهزم فيفر فلم تكن دار اقامة
وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان
حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر تصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن
من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف تصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية
الاقامة من اهل الكلا وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح انهم مقيمون يروى
ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان
اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما
يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان دخل معه في فائتة
لم يجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون
اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة الاولى او القراة وان صلى المسافر بالمقيمين
ركعتين سلم واتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين
فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرا في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا و
الفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراة نافلة
فلم يتاد الفرض فكان الاتيان اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان يقول
لهم اتموا صلاتكم فانا قوم سفر لانه عليه الصلاة والسلام قاله حين صلى باهل
مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر في مصره اتم الصلاة وان لم ينو المقام فيه

لانه صلى الله عليه وسلم واصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم
مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم
سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عليه الصلاة والسلام
بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي
يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى
المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلاة لان اعتبار النية في
موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا
نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضافة
الى مبيته ومن فاتته صلاة في سفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر
قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه
المعتبر في السببية عند عدم الاداء والمطيع والعاصي في سفره في الرخصة سواء وقال
الشافعي رحمه الله سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق
بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية و
انما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

قال لا تصح
الجمعة الا في مصر جامع او مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه الصلاة والسلام
لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير
وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وعنه انه اذا اجتمعوا
في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار
البلخي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلة المصر
في حوائج اهله وتجوز بمنى اذا كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى
لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة
بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز
لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او
لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم لغيره

وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرايطها الوقت فتصح في وقت الظهر
ولا تصح بعده لقوله عليه الصلاة والسلام اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو
خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة
لان النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلاة وردت به
السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة
لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلاة فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب
قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفته التوارث وللفصل
بينها وبين الصلاة فان اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من ذكر
طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجب والتسبيحة او التحميدة لا يسمى خطبة وقال
الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر
الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن
شرايطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة ثلاثة سوى الامام
وقالا اثنان سواه قال والاصح ان هذا قول ابي يوسف رحمه الله وحده له ان في المثنى معنى
الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلاث لانه جمع تسمية
ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس قبل ان
يركع ويسجد الامام الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلاة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعدما ركع و
سجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر هو يقول انه شرط فلا بد من دوامه كالوقت
ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رحمه الله
ان الانعقاد بالشروع في الصلاة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلاة
فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلاة فلا يشترط دوامها ولا معتبر
ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة ولا تجب
الجمعة على مسافر ولا امراة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور
وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمراة بخدمة الزوج فعذروا
دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه

فصار كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال
زفر رحمه الله لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمراة ولنا ان هذه رخصة
فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا اما الصبي فمسلوب الاهلية والمراة لا تصلح لامامة
الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتدا بطريق الاولى
ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت
صلاته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها
ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق
الكافة هذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاط باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من
اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرايط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور
التكليف فان بدا له ان يحضرها فتوجه والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رحمه الله
بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه
بعد تمامها والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان
السعي الى الجمعة من خصايص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر
احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي الظهر المعذور
بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة
للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى
قوم اجزاهم لاستجماع شرايط ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك
وبنى عليها الجمعة لقوله صلى الله عليه وسلم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان
كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رحمه الله
ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها
الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرايط في حقه فيصلي اربعا
اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرا في
الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط
نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة
الاخر فاذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته

قال

قال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب
واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع ههنا
بخلاف الصلاة لانها قد تمتد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام اذا
خرج الامام فلا صلاة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه
الصلاة واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى
الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع واذا صعد الامام المنبر
جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر فاذا فرغ من خطبته اقاموا بذلك جرى
التوارث ولم يكن على عهد رسول الله الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر
في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال
لحصول الاعلام به باب صلاة العيدين وتجب صلاة العيد على كل من تجب عليه صلاة
الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد الاول سنة والثاني فريضة
ولا يترك واحد منهما قال وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الاول مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها من غير تركه
مرة ووجه الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث الاعرابي عقيب سواله هل علي غيرهن
قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في
يوم الفطر ان يطعم الانسان قبل الخروج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب
لما روى انه عليه الصلاة والسلام كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى
وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما
في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عليه الصلاة والسلام كانت له جبة فنك
او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه
للصلاة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة رحمه الله في طريق المصلى ويكبر
عندهما اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثنا الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى
لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عليه الصلاة والسلام
لم يفعل مع حرصه على الصلاة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره
عامة لانه عليه الصلاة والسلام لم يفعله واذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس

الفنك بالنون حيوان فروه اطيب انواع
الفرى واشرفها واعدلها صالح
لجميع الامزجة المعتدلة كذا في الـ[illegible]

دخل وقتها الى الزوال واذا زالت الشمس خرج وقتها لان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يصلي العيد والشمس على قيد رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر
بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح
وثلاثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية
بالقراءة ثم يكبر ثلاثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه
وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنه يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي
الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس
لامر بنيه الخلفاء واما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف
المعهود وكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان الاصل
فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية
والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي رحمه الله
اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات
عنده خمسة عشر او ستة عشر قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى
تكبير الركوع لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من
جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ترفع والحجة عليه ما رويناه
قال ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم الناس
فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلاة العيد مع
الامام لم يقضها لان الصلاة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد
فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان
هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم
الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث و
قد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل
ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلاة لما روي انه عليه الصلاة
والسلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته ويتوجه الى
المصلى وهو يكبر لانه عليه الصلاة والسلام كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين

كالفطر كذلك نقل ثم يخطب خطبتين لانه عليه الصلاة والسلام كذلك فعل ويعلم
الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت
الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلاة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد
الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلاة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها
لكنه مسيء في التاخير بغير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس
ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين
بعرفة لان الوقوف بعرفة عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر
المناسك **فصل** في تكبيرات التشريق ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلاة
الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق والمسألة مختلفة بين الصحابة
فاخذا بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ
ابو حنيفة بقول ابن مسعود رضي الله عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة
والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر
ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله وسلامه عليه وهو عقيب الصلوات
المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة وليس
على جماعة النساء اذا لم يكن معهن رجل ولا على المسافرين اذا لم يكن معهم مقيم
وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل و
التشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف
السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا
اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بطريق التبعية قال يعقوب
رحمه الله صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رحمه الله دل ان
الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه يؤدى في حرمة الصلاة فلم
يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب **باب** صلاة الكسوف اذا انكسفت الشمس
صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي
رحمه الله ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها والحال انكشف على الرجال لقربهم

ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنهما

فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلاة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الاخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام جهر فيهما ولابي حنيفة رحمه الله رواية ابن عباس وسمرة بن جندب رضي الله عنهما والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلاة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم اذا رايتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله تعالى بالدعاء فيه والسنة في الادعية تاخيرها عن الصلاة ويصلي بهم امام الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا رايتم شيئا من هذه الاهوال فارغبوا الى الصلاة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في الجماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلاة وقالا يصلي الامام ركعتين لما روى انه عليه الصلاة والسلام صلى فيها ركعتين كصلاة العيد رواه ابن عباس رضي الله عنهما قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلاة العيد ثم يخطب لما روى انه عليه الصلاة والسلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد رحمه الله وعند ابو يوسف رحمه الله خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة رحمه الله لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روى انه عليه الصلاة والسلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب الامام رداءه لما روينا قال العبد الضعيف رحمه الله تعالى هذا قول محمد اما عند ابي حنيفة لا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة والعذاب

باب صلاة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه

الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون واللاحق لا يقرا وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف رحمه الله وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روى انه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حالة الصلاة فان فعلوا ذلك بطلت صلاتهم لانه عليه الصلاة والسلام شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤوا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد رحمه الله انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

واذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه الايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة لقوله عليه الصلاة والسلام لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم في تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

فاذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف

ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحياة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود و يغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فاذا خرج منه غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عايشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشيا للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته فصار كالختان **فصل** في التكفين قال السنة ان يكفن الرجل في ثلاثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روى انه عليه الصلاة والسلام كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته فان اقتصر على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحيا والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق وان ارادوا لف الكفن عليه ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المراة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب لانها تخرج فيها في حالة الحيوة فكذا بعد الممات هنا بيان كفن السنة وان اقتصر على ثلاثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهذا كفن الكفاية ويكره اقل

من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضي الله عنه حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس الدرع اولا ثم يجعل شعرها ظفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال ويجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عليه الصلاة والسلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطيب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة **فصل** في الصلاة على الميت قال واولى الناس بالصلاة السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب الولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضي به في حال حيوته قال ثم الولي والاوليا على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاوليا وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتادى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا راينا الناس تركوا عن اخرهم الصلاة على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو اليوم كما وضع واذا دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لانه عليه الصلاة والسلام صلى على امراة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الراي وهو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلاة ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عليه الصلاة والسلام كبر اربعا في اخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم الصلاة لانها سنة الدعاء ولا يستغفر المصلي للصبي ولكن يقول اللهم اجعله فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الاتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدأ بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثاني بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذاء الصدر

لو اعاد الولي ليس لمن صلى عليه ان يصلي مع الولي مرة اخرى قنية

لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقوم من الرجل بحذاء راسه ومن المراة بحذاء وسطها
لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تاويله ان جنازتها لم تكن
منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس لانه
دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم لانها صلاة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه
من غير عذر احتياطا ولا باس بالاذن في صلاة الجنازة لان التقدم حق الولي
فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا باس بالاذان اي الاعلام وهو
ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه
الصلاة والسلام من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات
ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ
ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه الصلاة والسلام
اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه لان الاستهلال دلالة
الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني ادم
ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير ظاهر الرواية لانه نفس من وجه وهو
المختار واذا سبي الصبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر
بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع
خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار
فيحكم باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه
بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس
ويلف في خرقة وتحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع
فيه بل يلقى **فصل** في حمل الجنازة واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع
بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعات وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي
السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلا صدره
لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه كذا حملت قلنا ذلك لازدحام الملائكة
ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه فقال

ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره للناس ان يجلسوا قبل ان يوضع من اعناق
الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع
مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على
يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل** في الدفن ويحفر القبر ويلحد
لقوله صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي
فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه الصلاة والسلام سل سلا ولنا ان جانب القبلة
معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي صلى الله عليه وسلم فاذا
وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجهه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن عليه لان النبي
صلى الله عليه وسلم جعل على قبر ابنته اللبن ويسجى قبر المراة بثوب حتى يجعل اللبن
على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على
الانكشاف ويكره الاجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم
بالاجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا باس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب
اللبن والقصب لانه عليه الصلاة والسلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال
التراب عليه ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه نهى عن تربيع القبور ومن شاهد
قبر النبي صلى الله عليه وسلم اخبر انه مسنم **باب** الشهيد قال الشهيد من قتله المشركون
او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى
عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد لانه عليه الصلاة والسلام قال زملوهم بكلومهم
ودمائهم ولا تغسلوهم وكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله
عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا
خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي يخالفنا في الصلاة و
يقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلاة على الميت
لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي
صلى الله عليه وسلم والصبي قال ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي

شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كانوا كلهم قتيل السيف والسلاح قال فان
اذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يغسل لان ما وجب
بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب بسبب الشهادة ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان
الشهادة عرفت مانعة لا رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة بن عامر
رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملايكة وعلى هذا الخلاف الحايض والنفسا
اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وعلى هذا
الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق
شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم قال ولا يغسل
عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة
والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا
اتماما لسنة الكفن قال ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة
لنيل مرافق الحيوة لانه بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد قال والارتثاث
ان ياكل او يشرب او يداوى او ينام او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق
الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم خوفا من نقصان
الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا يطأه الخيول لما نال شيئا من الراحة ولو
اواه فسطاطا او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى عليه وقت الصلاة
وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلاة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء
قال رحمه الله وهذا مروي عن ابي يوسف رحمه الله ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كان
مرتثا عند ابي يوسف لانه ارتفاق وعند محمد رحمه الله لا يكون لانه من احكام الاموات
ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخفف اثر الظلم
الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل
لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا
يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد او قصاص
غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا
انفسهم لابتغاء مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق

لم يصل

41

لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة **باب الصلاة في الكعبة** الصلاة
في الكعبة جايزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما وللمالكي رحمه الله في الفرايض لانه
صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرايطها لوجود
استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل
بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطا
بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلاته لتقدمه
على امامه واذا صلى الامام بجماعة في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة
وصلوا بصلاة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلاته
اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن
صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته خلافا للشافعي رحمه الله لان القبلة هي العرصة
والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى لو صلى على ابي قبيس
جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم **كتاب الزكوة** الزكوة واجبة على الحر البالغ العاقل
المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى واتوا
الزكوة ولقوله عليه الصلاة والسلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد
بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والبلوغ
والعقل لما نذكر والاسلام لان الزكاة عبادة فلا تتحقق من الكافر ولا بد
من ملك مقدار النصاب لانه عليه الصلاة والسلام قدر السبب به وهو النصاب
ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيه النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله
عليه الصلاة والسلام ولا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول لانه المتمكن من الاستنماء لاشتماله
على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل
اداؤها واجب على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع
العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي
والمجنون زكاة خلافا للشافعي فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بساير المؤن
كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انه عبادة فلا تتادى الا بالاختيار

تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لانعدام العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض
وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة
افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي
والعارض وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة
الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكاة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي و
هو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط بماله
فلا زكاة عليه عندنا وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا
انه مشغول بالحاجة الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب
البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه
عن الحاجة الاصلية والمراد دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين
النذر والكفارة ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب
وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر رحمه الله فيهما ولابي يوسف رحمه الله في الثاني على ما
روي عنه لانه له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك
نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد
الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست
بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا ومن له على
اخر دين فجحده سنين ثم قامت به بينة لم يزكها لما مضى معناه صارت له بينة
بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف الشافعي وزفر رحمهما الله
ومن جملة الضمار المال المفقود والابق والضال والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة
والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان
مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال والمغصوب على هذا
الاختلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل
ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكاة في مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء
الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في
البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ ولو

كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكاة لامكان الوصول ابتداء او بواسطة التحصيل
وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو
نصاب عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا تجب لتحقق
الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة في حكم
الزكاة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها
الزكاة لاتصال العمل بالنية وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن
للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكاة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم
تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر
وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا
ورثه ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بالنكاح او بالخلع او
الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وعند محمد
لا تصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء
الزكاة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكاة عبادة
وكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها
حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة
سقط فرضها استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى
التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى عند محمد لان الواجب شايع
في الكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف
الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

قال ليس في اقل من خمس ذود من
الابل صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا
كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه
الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت
خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلاثين فاذا
بلغت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين
ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فان كانت احدى وستين ففيها

جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين
ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى
مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين
وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس
وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث حقاق ثم تستانف الفريضة
فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي عشرين اربع
شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلاثين بنت لبون فاذا بلغت مائة
وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف
الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا زادت
على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلاثين
ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينيات والخمسينيات فيجب في
كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روى انه عليه الصلاة والسلام
كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت
لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه الصلاة والسلام كتب اخر ذلك في
كتاب عمر رضي الله عنه وابن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة
والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما **فصل** في صدقة البقر ليس
في اقل من ثلاثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلاثين سائمة وحال عليها الحول
ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي
التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على
اربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رحمه الله ففي الواحدة
الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وفي الثلاثة ثلاثة ارباع
عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص
ها هنا وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين
ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل

عقدين

عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى
تبلغ ستين وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ
رضي الله عنه لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروها بين اربعين الى ستين قلنا قد
قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين تبيع و
مسنة وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلاثة اتبعة وفي مائة تبيعتان ومسنة
وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله
صلى الله عليه وسلم في كل ثلاثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسن او مسنة
والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما وهو نوع منه الا ان اوهام الناس
لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم البقر **فصل** في
الغنم ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة
وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان
الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع
شياه ثم في كل مائة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي
ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضان والمعز سواء لان لفظة الغنم
شامل للكل والنص ورد به ويوخذ الثني في زكاتها ولا يوخذ الجذع والثني منها
ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما
انه يوخذ الجذع لقوله عليه الصلاة والسلام انما حقنا الجذعة والثني ولانه يتادى
به الاضحية فكذا الزكاة وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا
لا يوخذ الزكاة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار
ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي
الجذعة من الابل ويوخذ في زكاة الغنم الذكور والاناث لان الشاة ينتظمهما
وقد قال عليه الصلاة والسلام في اربعين شاة شاة **فصل** في الخيل اذا كانت
الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا
وان شاء قومها واعطى من كل مائتين خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة وهو
قول زفر رحمهما الله وقالا لا زكاة في الخيل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المسلم

في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه الصلاة والسلام في كل فرس سائمة دينار او
عشرة دراهم وتاويل ما رويناه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رضي
الله عنه والتخيير بين الدينار والتقويم منقول عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة
زكاة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب بها لانها
تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انه يجب في الذكور المنفردة ايضا
ولا شيء في البغال والحمير لقوله عليه الصلاة والسلام لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت
سماعا الا ان تكون للتجارة لان الزكاة حينئذ تتعلق بالمالية كساير اموال التجارة

فصل

وليس في الحملان والعجاجيل والفصلان صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا
اخر اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول
زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله
وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه قوله الثاني
تحقيق النظر من الجانبين كما تجب في المهازيل واحد منها ووجه الاخير ان المقادير
لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد
من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تادية الزكاة حتى لا يخرج
من العهدة باداء واحدة من الصغار ثم عند ابي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين
من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل ويجب في كل خمس وعشرين من
الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثنى الواجب ثم لا يجب
شيء حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين
في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار
وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر
الى قيمة شاتين والى قيمة خمسين فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه سن
فلم يوجد عنده اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل
وهذا يبنى على ان اخذ القيمة في باب الزكاة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى
الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء
وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في باب

الزكاة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي لا يجوز اتباعا
للمنصوص عليه كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق
الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها
اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول
وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك رحمه الله ظاهر النصوص
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الحوامل والعوامل والعلوفة ولا في البقر المثيرة
صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد
ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في
اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للكثير ولا
ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط لقوله عليه الصلاة والسلام
لا تاخذوا من حزرات اموال الناس كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي وساطها
ولان فيه نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه
ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي لا يضم لانه اصل في حق الملك وكذا في وظيفته بخلاف
الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي
العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيعتبر اعتبار الحول لكل مستفاد
وما شرط الحول الا للتيسير قال والزكاة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في النصاب
دون العفو وقال محمد وزفر رحمهما الله فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل
الواجب عندهما وعند محمد وزفر يسقط بقدره لمحمد وزفر رحمهما الله ان الزكاة وجبت
شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة
شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو
ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهالك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة
ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي
يليه الى ان ينتهي الى النصاب الاول لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه فهو
تابع وعند ابي يوسف رحمه الله يصرف الى العفو اولا ثم الى النصاب شايعا واذا اخذ الخوارج
الخراج وصدقة السوايم لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية فان صرفوا الى...

يعيد وهاهنا دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكاة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المراة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يوخذ من المسلمين ويوخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة وقال الشافعي رحمه الله اذا هلك بعد التمكن من الادا يضمن لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكاة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك رحمه الله ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر رحمه الله لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له

باب زكاة المال

فصل في الفضة ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه الصلاة والسلام كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال قال ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه فيما زاد على المائتين فزكاته بحسابه وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث علي رضي الله عنه ما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال فاشتراط النصاب في الابتداء ليتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ رضي الله عنه لا تاخذ من الكسور شيئا

وقوله

وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب بحساب ذلك وهي مسألة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما قال وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وانيتهما الزكاة وقال الشافعي رحمه الله لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب

فصل الزكاة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عليه الصلاة والسلام فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم لانه معد للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع فيشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقير قال وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن

من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنا وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقا بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول ولا تجب الزكاة لانعدام النصاب ولا كذلك في المسئلة الاولى لان بعض النصاب باق فيبقى الانعقاد ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بالاجزا وهو رواية عنه حتى ان من كان له ماية درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها ماية درهم فعليه الزكاة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكاة في مصوغ وزنه اقل من مايتين وقيمته فوقها وهو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

واذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر اخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر اخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر اخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلاثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقرا لا يصدق لان الادا مفوض اليه فلا يصدق وان حلف وقال الشافعي رحمه الله يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكاة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال

التجارة

التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يوخذ منه ضعف ما يوخذ من المسلم فيراعى تلك الشرايط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانه يبتني عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال ويوخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يوخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ منه بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان الماخوذ منهم زكاة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكاة لا ناخذ من القليل وان كانوا ياخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال وان مر حربي بمايتي درهم ولا يعلم كم ياخذون منا ناخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم فالعشر وان علم انهم ياخذون منا ربع عشر او نصف عشر ناخذ بقدره وان كانوا ياخذون الكل لا ناخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي لا يعشرها لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات

الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل
فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه لنفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا
لا يحميه على غيره ولو مر صبي او امراة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شئ وعلى المراة
ما على الرجل لما ذكرنا في السوايم ومن مر على العاشر بماية درهم واخبره ان له في منزله
ماية اخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلته وما في بيته لم يدخل تحت حمايته
فلو مر بماتي درهم بضاعة لم يزكه لانه غير ماذون باداء زكاته قال وكذا المضاربة يعني
اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب
حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك
ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نايب عنه في اداء الزكاة الا
ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيوخذ منه لانه مالك له ولو مر عبد ماذون
بماتي درهم وليس عليه دين عشره قال ابو يوسف لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا
ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده
للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه
حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب متصرف بحكم
النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع
في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يوخذ منه لان الملك له الا
اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل قال ومن مر على عاشر
الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر
اهل العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليه

باب المعدن والركاز

قال معدن
ذهب او فضة او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس
عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا شئ عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا
كان المستخرج ذهبا او فضة فتجب فيه الزكاة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء
كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس وهو من الركز
فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة
وفي الغنايم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها

على

على الظاهر واما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق
الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شئ عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من
اجزاء الارض مركب فيه ولا مونة في ساير الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف
الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيه وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة فيه روايتان
ووجه الفرق على احداهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية عن المونة
دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المونة و
ان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى
الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة
فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمه في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش
عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجد في ارض مباحة فاربعة الاخماس
للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض
مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد
للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد
الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في باطنها
درة ثم ملكها بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزايها
فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام على
ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل اسلاميا
في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا
رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده
في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شئ فيه لانه بمنزلة
متلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس لقوله عليه الصلاة والسلام
لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة رحمه الله اخرا خلافا لابي يوسف رحمه الله
ولا خمس في اللولو والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله فيهما
وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر

لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة فالمروي عن
عمر رضي الله عنه فيما دسر البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه
الخمس معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكاة

الزروع والثمار قال ابو حنيفة رحمه الله في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر
سواء سقي سيحا او سقته السماء الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب
العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع
رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين
في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء ولهما في الاول قوله عليه الصلاة والسلام ليس
فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب فيه ليتحقق الغنا
ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل
وتاويل ما روياه في زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق
اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول
لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الخضروات
صدقة والزكاة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة
ياخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله ولان الارض قد تستنمي بما لا يبقى و
السبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب والحشيش
لا يستنبت في الجنان عادة بل ينفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا
للحشيش يجب فيه العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر و
قصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف
والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه
نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بالسماء او سيحا
وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة قال ابو يوسف رحمه الله
فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته خمسة اوسق
من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت
قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد رحمه الله يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد

من اعلا ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران
خمسة امناء لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلا ما يقدر به نوعه وفي العسل
العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي رحمه الله لا يجب لانه متولد من الحيوان
فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في العسل العشر ولان النحل يتناول
من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول
من الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة رحمه الله يجب فيه العشر قل او كثر لانه
لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر فيه القيمة كما هو اصله وعنه
انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة امنا وعن محمد رحمه الله خمسة افراق كل فرق ستة
وثلاثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال
من العسل والثمار فيه العشر وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب لانعدام السبب
وهو الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء
اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب اجر العمال ونفقة البقر لان النبي صلى الله
عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال تغلبي له ارض
عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم وعن محمد انه فيما
اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك
فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا
مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة رحمه الله
سواء كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل
الى المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى
التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه قال رحمه الله اختلفت النسخ
في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة رحمه الله في بقاء التضعيف الا ان قوله
لا يتاتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة
ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه
الخراج عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف رحمه الله عليه العشر

مضاعفا فيصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعن
محمد هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية
تصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم
بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول
الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من مسلم واما الثاني فلانه بالرد والفسخ
بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه
مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه
اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في
في مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في داره شيء ولان عمر رضي الله عنه جعل
المساكن عفوا وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاها بماء العشر لتعذر
ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس
قولهما يجب العشر في الماء العشري الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران
وقد مر الوجه فيه ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون والبحار التي لا تدخل
تحت ولاية احد والماء الخراجي الانهار التي تشقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون
ودجلة والفرات عشري عند محمد لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف
لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمراة التغلبيين
ما في ارض الرجل يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان
الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمراة اذا كانا
مسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم قال وليس في عين القير والنفط في
ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه
في ارض الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من
الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما
الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف وسقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى
اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى هذا انعقد الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين
من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وقد قيل على العكس ولكل وجه وهما صنفان

او

او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع اليه الامام
ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي رحمه الله
لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة
فلا ياخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ
والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان
المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا
فاضلا عن دينه وقال الشافعي من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء
النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف لانه المتفاهم
عند الاطلاق وعند محمد منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله
فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج ولا تصرف الى اغنياء الغزاة عندنا
لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء
له فيه قال فهذه جهات الزكاة فللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر
على صنف واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ان يصرف الى ثلاثة من كل صنف لان
الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات
الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي
باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولا يجوز ان يدفع
الزكاة الى ذمي لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من اغنيائهم وردها
في فقرائهم ويدفع اليه ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي لا يدفع وهو رواية عن
ابي يوسف اعتبارا بالزكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام تصدقوا على اهل الاديان
كلها ولولا حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكاة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن
بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير
لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت ولا يشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك رحمه الله
ذهب اليه في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك
ولا تدفع الى غني لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على
الشافعي رحمه الله في غني الغزاة وكذا حديث معاذ رضي الله عنه على ما رويناه قال ولا يدفع

المزكي زكاته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع
الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امراته للاشتراك
في المنافع عادة ولا تدفع المراة الى زوجها عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا تدفع
اليه لقوله عليه الصلاة والسلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامراة
ابن مسعود رضي الله عنهما وقد سالته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة
قال ولا تدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده
وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة
لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك
غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف
ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف
امراة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار زوجها وبقدر النفقة لا تصير
موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عليه الصلاة والسلام يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم
غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة بخلاف التطوع
لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع بمنزلة التبرد بالماء وهم
ال علي وال جعفر وال عباس وال عقيل وال الحارث بن عبد المطلب ومواليهم اما
هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم
فلما روي ان مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سال اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا
بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يوخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق
لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
اذا دفع الزكاة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان له انه غني او هاشمي او كافر او دفع في
ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رحمه الله عليه الاعادة لظهور
خطاه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشيا فصار كالاواني والثياب ولهما
حديث معن بن يزيد رضي الله عنه فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت
ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشيا
بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن

ابي حنيفة

ابي حنيفة رحمه الله في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع
وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى
شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو
الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكاة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى
الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن حوائجه الاصلية وانما النماء شرط
الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير
والفقرا هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها
وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز
وقال زفر لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم
الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال محمد وان يغني
به انسانا احب الي معناه الاغناء عن السوال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره
نقل الزكاة من بلد الى بلد وانما يفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا من حديث معاذ
وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل
بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها
لان المصرف مطلق الفقرا بالنص

باب صدقة الفطر

قال صدقة الفطر واجبة
على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه
وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عليه الصلاة والسلام في خطبته ادوا عن كل
حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه
ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط
الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عليه الصلاة والسلام لا
صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله تجب على كل من يملك
زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى في الشرع
به فاضلا عما ذكر من الاشيا لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة
الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة
ووجوب الاضحية والفطرة قال ويخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال

فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن
اولاده الصغار لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكاة الراس
وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الراس
مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب راسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في
معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا
اذا كانوا الخزمة ولا مال للصغار وان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي
عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير
الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى
عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن
مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى
ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده وجوبها
على العبد ووجوب الزكاة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكاة
فيؤدي الى الثنى والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة
في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على كل واحد منهما
ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل
هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي
الفطرة المسلم عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام في حديث
ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان
السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي لان الوجوب عنده على العبد
وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما
بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من
له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لانه من وظايفه كالنفقة ولنا
ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البايع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري
من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل

التوقف

التوقف وزكاة التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الواجب ووقته الفطرة نصف
صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد
الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة والاول رواية الجامع الصغير وقال
الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم
الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان
في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد ويلقى من التمر النواة
ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق
ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا
وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز
يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة
وعن محمد رحمهما الله انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما
يروى عن ابي يوسف وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رحمهما الله لانه ادفع للحاجة واعجل به
وعن ابي بكر الاعمش رحمه الله تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف
الشافعي رحمه الله والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف
رحمه الله خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام صاعنا
اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يتوضأ بالمد رطلين و
يغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي
وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر و
قال الشافعي بغروب الشمس من اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة
الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده
له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص الفطر
باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى
لانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل
الفقير بالمسألة عن الصلاة وذلك بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى

بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكاة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان
اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول
فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية

كتاب الصوم

قال الصوم ضربان واجب
ونفل والواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين
فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وقال
الشافعي لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى
فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم
وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه
وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى وجه قوله في
الخلافية قوله عليه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد
الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزئ عنده
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن
بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو
انه صائم من الليل حتى لو نوى في نصف النهار انه صائم من حين نوى لا من اول النهار
لا يصير صائما عندنا لانه لم ينو انه صوم من الليل ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك
في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد
والنية لتعيينه لله تعالى فيترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلاة والحج لان لهما اركانا
فيشترط قرانها بالعقد على ادائها وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم
وله مزاحم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت
جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف
النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع
الفجر الى وقت الضحوة الكبرى فيشترط النية ما قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين
المسافر والمقيم خلافا لزفر لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من
الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب اخر وقال الشافعي رحمه الله
في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون

له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب
باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا اخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة
وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح
والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الرخصة انما ثبتت كيلا يلزم المعذور
مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا صام المريض
والمسافر بنية واجب اخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره
في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احداهما
انه ما صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان
وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من
الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك رحمه الله فانه يتمسك باطلاق
ما رويناه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم
ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على
صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي جاز
ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجزئ عنده من اول النهار لانه عبادة قهر
النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس
ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا
وان غم عليهم الهلال اكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا لقوله عليه الصلاة
والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان
ثلاثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصوم
يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه
انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان
وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم
ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من
شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي
عن واجب اخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة

ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان
فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي
نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف
يوم العيد لان المنهي وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة هاهنا لصورة
النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي
في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا تقدموا رمضان
بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يوديه قبل
اوانه ثم ان وافق صوما كان يصوم فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة
من اخر شعبان فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي
وقيل الصوم افضل اقتداء بعايشة وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار
ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال
ثم بالافطار نفيا للتهمة الذي دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من صام يوم الشك
فقد عصا ابا القاسم والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا
ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير
صايما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غدا يفطر وان لم يجد يصوم
والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم
عنه وان كان من شعبان فعن واجب اخر وهذا مكروه لتردده بين امرين
مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر
انه من شعبان لا يجزيه عن واجب اخر لان الجهة لم تثبت بالتردد فيها واصل
النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضا لشروعه فيه مسقطا وان نوى
عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناوي
للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان
جاز عن نفله لانه يتادى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول
الاسقاط في عزيمته من وجه ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم
يقبل الامام شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته

وقد

وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي الكفارة
ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم
ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة
وهذه الكفارة تندري بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته
اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلاثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان
الوجوب للاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا
للحقيقة التي عنده قال واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل
في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار
ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات
غير مقبول وتاويل قول الطحاوي رحمه الله عدلا او غير عدل ان يكون مستورا والعلة
غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب
وهو ظاهر الرواية لانه خبر ديني وعن ابي حنيفة رحمه الله انها لا تقبل لانها شهادة
من وجه وكان الشافعي رحمه الله في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد
صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل
الامام شهادة الواحد صاموا ثلاثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد رحمه الله انهم
يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت
بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب بشهادة القابلة واذا لم يكن بالسماء
علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية في
مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان
بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في
حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف رحمه الله خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا
فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد
اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا
كان على مكان مرتفع في المصر ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم

الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء علة لم يقبل في هلال الفطر الا شهادة
رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر
حقوقه والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما يروى عن
ابي حنيفة رحمه الله انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع
بلحوم الاضاحي وان لم يكن بالسماء علة لا تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم
بخبرهم كما ذكرنا قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الى غروب الشمس لقوله
تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر الى
ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم
هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية لانه في حقيقة اللغة هو
الامساك لورود الاستعمال فيه الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة
من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين
النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض
والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو
قول مالك رحمه الله لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وجه الاستحسان
قوله عليه الصلاة والسلام للذي اكل او شرب تم على صومك فانما اطعمك الله
وسقاك واذا ثبت هذا في حق الاكل والشرب ثبت في حق الوقاع للاستواء في
الركنية بخلاف الصلاة لان هيئة الصلاة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر
في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا
او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده
وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره
فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوات قال فان نام فاحتلم لم يفطر
لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام
ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة و
كذا اذا نظر الى امراة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف

على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل
لم يفطر لانه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل
من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به
اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك
ادير على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى وان انزل بقبلة او لمس
فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء
احتياطا اما الكفارة تفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود و
لا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع والانزال ويكره اذا لم يامن لان عينه
ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم
يامن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا و
المباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه كره المباشرة الفاحشة
لانها قلما تخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي
القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب
والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان
واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة
او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر
في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان
القليل تابع لاسنانه فكان بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين
الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وان اخرجه واخذه بيده
ثم اكل ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد رحمه الله ان الصائم اذا ابتلع سمسمة
بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها
يتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف رحمه الله وعند زفر
عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع فان ذرعه
القيء لم يفطر لقوله عليه الصلاة والسلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء
عمدا فعليه القضاء ويستوي ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد

عند ابي يوسف رحمه الله لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند
محمد رحمه الله لا يفسد لانه لم توجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه
لانه لا يتغذى به عادة وان اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج
فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملأ الفم فعاد لم يفسد صومه لانه
غير خارج ولا صنع له في الادخال فان اعاده فكذلك عند ابي يوسف لعدم الخروج
وعند محمد يفسد صومه لوجود الصنع منه بالادخال فان استقاء عمدا
ملأ فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس متروك ولا كفارة عليه لعدم الصورة
وان كان اقل من ملأ الفم فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف
لا يفسد لعدم الخروج حكما ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج
وان اعاد فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملأ الفم لكثرة
الصنع ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه
لعدم المعنى ومن جامع عمدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة
الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال
لان قضاء الشهوة يتحقق دونه انما ذلك شبع وعن ابي حنيفة رحمه الله لا تجب
الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انه تجب لان الجناية
متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم
ينزل خلافا للشافعي رحمه الله لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى
ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي
في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل
وفي قول يتحمل عنها الرجل اعتبارا بالاغتسال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث والذكور
لان السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها
عبادة او عقوبة فلا يجري فيها التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى
به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع
بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة

تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب
الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة
مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت
واهلكت فقال صلى الله عليه وسلم ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار
رمضان متعمدا فقال صلى الله عليه وسلم اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي
هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم
فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على
المساكين فقال والله ليس بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن عيالي
فقال عليه الصلاة والسلام كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو
حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك رحمه الله في نفي
التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضاء لوجود
الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدام صورته وليس في افساد الصوم في غير
رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق غيره به
ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه الصلاة والسلام
الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف
ولا كفارة عليه لانعدام الصورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد
صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله الدهن وان داوى
جائفة او آمة بدواء يصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة رحمه الله
والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ
مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة
الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف
رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكأنه وقع عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا
ولهذا يخرج منه البول ووقع عند ابي حنيفة ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه

وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفيه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى
ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمراة ان تمضغ لصبيتها
الطعام اذا كان لها بد منه لما بينا ولا باس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا
يرى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصايم لانه لا يصل
الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتيما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا
كان اسود يفسد وان كان ملتيما لانه يتفتت الا انه يكره للصايم لما فيه من
التعريض على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمراة اذا لم تكن صايمة لقيامه
مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب
لما فيه من التشبه بالنساء ولا باس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو
ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي صلى الله عليه وسلم الى الاكتحال في يوم عاشوراء
والى الصوم فيه ولا باس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة
ويستحب دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب و
لا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا باس بالسواك الرطب
بالغداة والعشي لقوله عليه الصلاة والسلام خير خلال الصوم السواك من غير
فصل وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف
فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة واللايق به الاخفا بخلاف دم الشهيد
لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا **فصل**
ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي
لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان
زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا
لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر وقضى جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة
فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخفف بالصوم فيشترط كونه مفضيا
الى الحرج وقال الشافعي الفطر افضل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر الصيام
في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان الادا فيه اولى وما رواه محمول
على حالة الجهد وان مات المريض او المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضا

لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما
القضا بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا القدر وفايدة وجوب
الوصية بالاطعام ذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد
رحمهم الله وليس بصحيح وانما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب
فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسيلة السبب ادراك العدة فيتقدر
بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص
ولكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل
رمضان اخر صام الثاني لانه وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضا ولا
فدية عليه لان وجوب القضا على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل و
المرضع اذا خافتا على انفسهما او ولدهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة
عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو
يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر
بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا
والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما
يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه
لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفدا لان شرط الخلافية استمرار العجز
ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في اخر عمره فصار
كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكاة هو يعتبره
بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي يجري فيه النيابة ولنا انه عبادة لا بد فيه من
الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر
من الثلث والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلاة معتبرة بصوم
يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه الصلاة والسلام لا يصوم
احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلاة
التطوع ثم افسدها قضاها خلافا للشافعي رحمه الله له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه

مالم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب
المضي يجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين
لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عليه الصلاة والسلام افطر واقض يوما
مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق
الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما
ما بعده لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب
وهذا بخلاف الصلاة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء وقد وجدت الاهلية
عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية معدومة عنده وعن ابي يوسف انه
اذا زال الكفر والصبي قبل الزوال فعليهما القضاء لانه ادرك وقت النية وجه
الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان
للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر
ليس باهل للتطوع ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم
المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا
صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت
النية الا يرى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا
لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام
شبهة المبيح ومن اغمي عليه في نهار رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه
الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها
منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير
يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك رحمه الله لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان
عنده يتادى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم
لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه
العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض
يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط ومن
جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط

هو

هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه
فيتحقق الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي
هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه فصار
كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي
الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف
المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق
بين الاصلي والعارض قيل هذا ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما
لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا
ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم ينو في رمضان كله صوما ولا
فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتادى صوم رمضان بدون النية في حق
الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه
كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك بجهة
العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجد نية القربة على ما
مر في الزكاة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة
وقال زفر عليه الكفارة لانه يتادى بغير النية عنده وقال ابو يوسف ومحمد
اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب
الغاصب ولابي حنيفة رحمه الله ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع
اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المراة او نفست افطرت وقضت بخلاف
الصلاة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلاة واذا قدم المسافر او طهرت
الحايض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي رحمه الله لا يجب
الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول
اليوم وهو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه
كالمفطر متعمدا او مخطا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا
لانه وقت معظم بخلاف الحايض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب
عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه

عن الصوم قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او فطر
وهو يظن ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق
الوقت بقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضا لانه حق مضمون بالمثل كما في
المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي
الله عنه ما تجانفنا الاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في
الصلاة ثم التسحر مستحب لقوله عليه الصلاة والسلام تسحروا فان في السحور بركة
والمستحب تاخيره لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل
الافطار وتاخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين
والافضل ان يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان
الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت
الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد اساء
لقوله عليه الصلاة والسلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رايه انه
اكل والفجر طالع فعليه القضا عملا بغالب الراي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية
لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه
لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل
له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان
اكبر رايه انه اكل قبل الغروب فعليه القضا رواية واحدة لان النهار هو الاصل
ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل
وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك
متعمدا فعليه القضا دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق
الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله
انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية
بالنظر الى القياس فلا تنتفي بالعلم كوطء الاب جارية الابن ولو احتجم فظن
ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضا والكفارة لان الظن ما استند الى
دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو

بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله لان قول الرسول لا ينزل عن قول
المفتي وعن ابي يوسف رحمه الله خلاف ذلك لان على العامي الاقتدا بالفقها لعدم
الاهتدا في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله تجب الكفارة لانتفاء
الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث شبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد ما
اغتاب متعمدا عليه القضا والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس
والحديث مؤول بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة عليهما
القضا دون الكفارة وقال زفر والشافعي لا قضا اعتبارا بالناسي والعذر
ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب
الكفارة لانعدام الجناية

فصل

فيما يوجبه على نفسه واذا قال لله علي
صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله
هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر
بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر
احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن
العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر و
هذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر
ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته و
ان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد
عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر
فيه يكون حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني
فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا
تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه و
اليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة
في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم
النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام

وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها
في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويتاتى في هذا خلاف
زفر والشافعي رحمهما الله للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه الصلاة والسلام
الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه
والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما
يلزمه الكمال والمودى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف
النقصان فيكون الادا بالوصف الملتزم قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا
وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم النحر صايما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضا لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع
في الصلاة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر الرواية ان
بنفس الشروع في الصوم يسمى صايما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير
مرتكبا للنهي فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضا يبتنى عليه ولا يصير
مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم
ركعة ولهذا لا يحنث الحالف على الصلاة فتجب صيانة المودى ويكون مضمونا بالقضا
وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجب القضا في فصل الصلاة ايضا والاول هو الظاهر

باب الاعتكاف

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة موكدة لان النبي صلى
الله عليه وسلم واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة و
هو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه
فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي والنية شرط في ساير
العبادات هو يقول ان الصوم عبادة وهو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص
المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة
التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية
لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد رحمه الله اقله ساعة
فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا ترى انه يقعد في صلاة

النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضا في رواية الاصل
لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن انه يلزمه لانه مقدر
باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد جماعة لقول حذيفة رضي الله عنه
لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يصح الا في مسجد يصلى
فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلاة فيختص بمكان يودى فيه اما
المراة فتعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها
فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث
عايشة رضي الله عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان
ولانه معلوم وقوعها ولا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى
ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما
الجمعة فلانها من اهم حوايجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها
مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع
واذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان
الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها
ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا لان الاربع سنة وركعتان تحية المسجد
وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها
فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع
اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين
من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة
لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو
الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب يكون في معتكفه
لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن له ماوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة
في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا باس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان
يحضر السلعة لانه قد يحتاج المعتكف الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته
الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق

العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عليه الصلاة
والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم قال ولا
يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكن
يتجنب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطء لقوله تعالى ولا تباشروهن
وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه
اذ هو محظوره كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد
الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل
محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان
ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل يبطل اعتكافه لانه في
معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في
معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على نفسه
اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما
بازائها من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان
لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له
بخلاف الصوم لان مبناه على التفريق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام
خاصة صحت بنيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين
يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير
الجمع وفي المتوسط ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به
احتياطا لامر العبادة **كتاب الحج** الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء
الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن
نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وصفه بالوجوب وهو فريضة
محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية
ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه الصلاة والسلام قيل له الحج في كل عام
ام مرة واحدة فقال لا بل في العمر مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت
وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب وهو واجب على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة

رحمه الله

لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفريق م

رحمه الله ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر
فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت
في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف
وقت الصلاة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه الصلاة
والسلام ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج عشر
حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن
الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها
لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه
الحج عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلاة واما المقعد فعن
ابي حنيفة انه يجب عليه لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة و
عن محمد انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي
يؤدي بنفسه فاشبه الضال عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة
وهو قدر ما يكترى به شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا و
جائيا لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة
وان امكنه ان يكترى عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان في الركوب
لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعن
ما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة
بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده
لان النفقة حق مستحق للمراة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره و
ليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم
مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان
الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء
وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب لانه عليه
الصلاة والسلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير قال ويعتبر في
المراة ان يكون لها محرم يحج بها او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان

بينها وبين مكة ثلاثة ايام وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة و
معها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا
تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد
بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها بخلاف
ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلاثة ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون
السفر بغير المحرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي رحمه الله
له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض
والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها
لان المقصود لا يحصل به ولها الخروج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد
اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتاتى منهما الصيانة والصبية
التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم
عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء
على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعدما احرم او عتق العبد
فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب
لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز و
العبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد
لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي لا يجوز ان
يتجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق
ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا
وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء فائدة التاقيت المنع
عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي اذا
انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد
عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يتجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب
الاحرام عندنا لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر و
غيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر

دخول

دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصاروا كاهل مكة حيث
يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك
لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهله كذا قاله علي وابن
مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه
اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة رحمه الله انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان
لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت
وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد
ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لانه عليه الصلاة والسلام امر اصحابه
بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عايشة رضي الله عنها ان يعمرها من التنعيم
وهو في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر
واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر
به **باب** الاحرام واذا اراد الاحرام اغتسل او توضا والغسل افضل لما روي انه
عليه الصلاة والسلام اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحايض وان
لم يقع فرضا عنها فيكون الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى
النظافة فيه اتم ولانه عليه الصلاة والسلام اختاره قال ولبس ثوبين جديدين او
غسيلين ازارا ورداء لانه عليه الصلاة والسلام اتزر وارتدى عند احرامه ولانه
ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه
والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رحمه الله انه
يكره اذا تطيب بما تبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لانه منتفع
بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عايشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب
رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب والباقي
بعده كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال ويصلي ركعتين
لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه
قال وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة و

هو عبد الرحمن بن ابي بكر رضي الله عنهما

واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسال التيسير وفي الصلاة
لم يذكر مثل هذا الدعا لان مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسر قال ثم يلبي عقب
صلاته لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم لبى في دبر صلاته فان لبى بعد ما استوت
به راحلته جاز ولكن الافضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوى بتلبيته الحج
لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك
لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر
الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء
الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من
هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينتقص عنه ولو زاد فيها
جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث
انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي
الله عنهم زادوا على الماثور ولان المقصود الثنا واظهار العبودية فلا يمنع
من الزيادة عليه قال فاذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتادى
الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا
يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يات بالتلبية خلافا للشافعي رحمه الله
لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلاة ويصير شارعا بذكر يقصد
به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا
والفرق بينه وبين الصلاة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلاة حتى
يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال
ويتقي ما نهى الله عز وجل عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله
تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع
او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النسا والفسوق المعاصي وهي في حال
الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل هي مجادلة المشركين في
تقديم وقت الحج وتاخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم
حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصحاب حمار وحش

وهو

وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه هل اشرتم هل
دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد
لانه امن بتوحشه وبعده من الاعين قال ولا يلبس قميصا ولا سراويل
ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين
لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ان يلبس المحرم هذه الاشيا قال في اخره
ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هاهنا
المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتي فيما روى
هشام عن محمد رحمهما الله قال ولا يغطي راسه ولا وجهه وقال الشافعي رحمه الله
يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه الصلاة والسلام احرام الرجل في راسه و
احرام المراة في وجهها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه
يبعث يوم القيمة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المراة تغطي وجهها مع ان
في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روى الفرق في تغطية الراس
قال ولا يمس طيبا لقوله عليه الصلاة والسلام الحاج الشعث التفل وكذا لا
يدهن لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم
الاية ولا يقص من لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه زيادة الشعث وقضا
التفث قال ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا بعصفر لقوله
عليه الصلاة والسلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال الا ان
يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للتطيب لا للون وقال الشافعي لا باس بلبس
المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة قال ولا باس بان يغتسل
ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم ولا باس ان يستظل بالبيت
والمحمل وقال مالك رحمه الله يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه
تغطية الراس ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه
لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتى غطاه ان كان
لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس به لانه استظلال ولا باس بان يشد في
وسطه الهميان وقال مالك يكره ان كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه

ليس في معنا لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل راسه ولا لحيته
بالخطمي لانه نوع طيب ولا يقتل هوام الراس قال ويكثر من التلبية عقيب
الصلوات وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبانا وبالاسحار لان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على
مثال التكبير في الصلاة فيوتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع صوته
بالتلبية لقوله عليه الصلاة والسلام افضل الحج العج والثج والعج رفع الصوت
بالتلبية والثج اراقة الدما قال واذا دخل مكة ابتدا بالمسجد الحرام لما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو
فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا عاين
البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر
ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب
بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدا بالحجر الاسود فاستقبله و
كبر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل المسجد فابتدا بالحجر الاسود فاستقبله
وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال واستلمه ان استطاع من غير ان
يوذي مسلما لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه
عليه وقال لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر
ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام
سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده
كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه الصلاة والسلام طاف على راحلته
واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل و
حمد الله تعالى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد
اضطبع رداه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه الصلاة والسلام
استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وطاف سبعة اشواط والاضطباع ان
يجعل رداه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع
فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو
من البيت لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عائشة رضي الله عنها فان الحطيم
من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين
البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلاة لان فريضة
التوجه بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في
الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلاث الاول من الاشواط والرمل
ان يهز في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع
وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد
زوال السبب في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده قال ويمشي في الباقي على هينته
على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم والرمل من الحجر الى الحجر هو
المنقول من رمل النبي صلى الله عليه وسلم فان زاحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد
مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام
لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر ان استطاع لان اشواط الطواف
كركعات الصلاة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر و
ان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني
وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي صلى
الله عليه وسلم كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام
يعني استلام الحجر قال ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد
وهي صلاة واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله
عليه الصلاة والسلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب
ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى ركعتين عاد الى
الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح
بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا
الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال

مالك رحمه الله انه واجب لقوله عليه الصلاة والسلام من اتى البيت فليحييه بالطواف
ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف
الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة
طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه
ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويرفع يديه ويدعو
الله تعالى لحاجته لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت
قام مستقبل البيت يدعو الله تعالى ولان الثنا والصلاة تقدم على الدعا تقريبا
الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعا وانما يصعد بقدر ما يصير
البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من
اي باب شاء وانما خرج النبي صلى الله عليه وسلم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب
الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة قال ثم ينحط نحو المروة ويمشي
على هينته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على
هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما يفعل على الصفا لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي
حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط
قال وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدا بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في
بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدا بالصفا لقوله عليه الصلاة والسلام
فيه ابدوا بما بدا الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال
الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى كتب عليكم السعي
فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة
فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت
الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى
كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج
فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلاة
قال عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة والصلاة خير موضوع فكذا

الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المرة لان السعي لا يجب فيه
الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف
على ما بينا قال واذا كان قبل التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس
الخروج الى منى والصلاة بعرفات والوقوف والافاضة والحاصل ان في الحج ثلاث
خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر
فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلاثة ايام متوالية اولها
يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم
ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع
واذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم
عرفة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت
الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشا والفجر ثم راح
الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى
اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء في تركه الاقتدا
برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان
الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل و
ينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع
ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة واذا زالت الشمس
يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدي فيخطب خطبة يعلم فيها الناس
الطواف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب خطبتين
يجلس بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال مالك رحمه الله
يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما
روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد
الامام المنبر وجلس اذن المؤذن كما في الجمعة وعن ابي يوسف يؤذن قبل خروج
الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي صلى الله عليه وسلم
لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ

من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلاة فاشبه الجمعة قال وصلى بهم الظهر
والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق
الرواة بالجمع بين الصلاتين وفيما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
صلاهما باذان واقامتين ثم بيانه انه يوذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان
العصر يودى قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين
الصلاتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل
مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روى عن محمد رحمه الله لان
اشتغاله بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير
خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر في رحله يصلي العصر
في وقته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى
امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رحمه الله ان المحافظة على الوقت فرض
بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم
لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكرا
اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رحمه الله الامام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر رحمه الله
في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة
ان التقديم على خلاف القياس عرفنا شرعه فيما اذا كان العصر مرتبة على ظهر مودى
بالجماعة مع الامام في حال الاحرام فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال
في رواية تقديما للاحرام على وقت الحج وفي اخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة لان المقصود
هو الصلاة قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم
من الصلاة لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلاة والجبل يسمى جبل
جبل الرحمة والموقف موقف الاعظم وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله
صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف
وارتفعوا عن وادي محسر قال وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان
النبي صلى الله عليه وسلم وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما
بينا وينبغي ان يقف مستقبل القبلة لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف كذلك وقال

عليه

عليه الصلاة والسلام خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم المناسك
لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين
ويدعو بما شاء وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في
كتابنا المترجم بعدة المناسك في عدة المناسك بتوفيق الله تعالى قال وينبغي للناس
ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي ان يقف
وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها
موقف على ما ذكرنا قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء اما
الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين
وعند الاحرام واما الاجتهاد في الدعاء فلانه عليه الصلاة والسلام اجتهد في
هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة
بعد ساعة وقال مالك رحمه الله يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان
قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ما زال يلبي حتى اتى
جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلاة فياتي بها الى اخر جزء من الاحرام
قال واذا غابت الشمس افاض الامام حتى ياتوا مزدلفة لان النبي صلى الله عليه وسلم
دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان النبي صلى الله عليه وسلم
يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم
يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان يقف في مقامه
كيلا يكون اخذا في الاداء قبل وقتها ومن مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة
الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روى ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة
الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان
يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف
عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة
فينزل عن يمينه او يساره والمستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف
بعرفة قال ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال
زفر رحمه الله باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه ان

النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد
بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة
الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد
الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا
اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب بمزدلفة
ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة
لان المغرب موخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته
ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها
ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف رحمه الله يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا
صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر
الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلاة امامك معناه وقت الصلاة و
هذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة
فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع
فسقطت الاعادة قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن
مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس
دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر ثم وقف ووقف معه الناس فدعا لان
النبي صلى الله عليه وسلم وقف في هذا الموضع يدعو لامته حتى روي في حديث ابن عباس رضي
الله عنه فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا
وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله تعالى
فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلي الذكر وهو
ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه الصلاة والسلام من وقف معنا
هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج
وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة

او

او كانت امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال والمزدلفة كلها موقف الا
وادي محسر لما روينا من قبل قال واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس
حتى ياتوا منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا
اسفر افاض الامام والناس لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس قال
فيبتدي بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى
الخذف لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة
وقال عليه الصلاة والسلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو
رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار لئلا يتاذى
به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك
والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى
ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر
وهو من اداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقف عندها
ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه وروى
جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها
جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين
بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة
اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لان ما دون ذلك يكون طرحا
ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة السنة ولو وضعها
وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا
القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف
قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة واحدة فهذه واحدة
لان المنصوص عليه تفريق الافعال وياخذ الحصى من اي موضع شاء الا من
عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم
به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء
الارض عندنا خلافا للشافعي لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين

كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا
قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمى ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب
التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمى عليهما ثم الحلق من محظورات
الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذى ياتى به المفرد
تطوع والكلام فى المفرد والحلق افضل لقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله المحلقين
الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل فى قضاء التفث وهو المقصود و
فى التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفى فى الحلق
بربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم
والتقصير ان ياخذ من رؤس شعره مقدار الانملة قال وقد حل له كل شئ
الا النساء وقال مالك الا الطيب ايضا لانه من دواعى الجماع ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام فيه حل له كل شئ الا النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل الجماع فيما
دون الفرج عندنا خلافا للشافعى لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال
ثم الرمى ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعى هو يقول انه يتوقت بيوم
النحر كالحلق فيكون بمنزلته فى التحلل ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية فى غير اوانه
كالحلق والرمى ليس بجناية فى غير اوانه بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق
لا به قال ثم ياتى مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت
طواف الزيارة سبعة اشواط لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم لما حلق افاض الى مكة
فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنا ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف
الطواف على الذبح قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما
واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف
بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما فى التضحية وفى الحديث
افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل
فى هذا الطواف ولا سعى عليه وان لم يقدم السعى رمل فى هذا الطواف وسعى بعده
لان السعى لم يشرع الا مرة والرمل ما شرع الا مرة فى طواف بعده سعى ويصلى

ركعتين

ركعتين بعد هذا الطواف لانه ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا
لما بينا قال وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا
انه اخر عمله فى حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض فى الحج وهو ركن فيه اذ
هو المامور به فى قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف
يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه
دم عند ابى حنيفة رحمه الله وسنبينه فى باب الجنايات ان شاء الله تعالى قال ثم يعود
الى منى فيقيم بها لان النبى صلى الله عليه وسلم رجع اليها كما روينا ولانه بقى عليه الرمى و
موضعه بمنا فاذا زالت الشمس من اليوم الثانى من ايام النحر رمى الجمار الثلاث
فيبتدى بالتى تلى مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف
عندها ثم يرمى التى تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمى جمرة العقبة كذلك ولا
يقف عندها هكذا روى جابر رضى الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه
وسلم مفسرا ويقف عند الجمرتين فى المقام الذى يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى
ويثنى عليه ويكبر ويهلل ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويدعو بحاجته ويرفع
يديه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن وذكر من
جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدى بالدعا وينبغى ان يستغفر للمؤمنين
فى الدعا فى هذه المواقف لان النبى صلى الله عليه وسلم قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر
له الحاج ثم الاصل ان كل رمى بعده رمى يقف بعدها لانه فى وسط العبادة
فياتى بالدعا فيه وكل رمى ليس بعده رمى لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا
لا يقف بعد جمرة العقبة فى يوم النحر ايضا قال فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث
بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم
رمى الجمار يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا اثم
عليه ومن تاخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روى ان النبى صلى الله
عليه وسلم صبر حتى رمى الجمار الثلاث فى اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر
من اليوم الرابع واذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمى وفيه خلاف
الشافعى رحمه الله وان قدم الرمى فى هذا اليوم يعنى اليوم الرابع قبل الزوال بعد

طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر
الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي
عن ابن عباس رضي الله عنه ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك
فلان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز
الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على
اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي
اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للرعاء ان يرموا ليلا
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس
فيثبت ان اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتاويل ما روي الليلة الثانية
والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة
ثم عند ابي حنيفة رحمه الله يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عليه الصلاة والسلام
ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن
ابي يوسف رحمه الله يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه
ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه
دم عند ابي حنيفة رحمه الله لتاخيره عن وقته كما هو مذهبه قال وان رماها راكبا
يجوز لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه
راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى
التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رحمه الله ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي
الرمي لان النبي صلى الله عليه وسلم بات بها وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها
ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه وجب ليسهل
عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره ان يقدم
الرجل ثقله ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رضي الله عنه كان يمنع ويؤدب عليه لانه يوجب
شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل
به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة
على ما روي انه عليه الصلاة والسلام قال لاصحابه انا نازلون غدا بخيف بني كنانة

حيث

حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم
فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل
في الطواف ثم يدخل مكة فطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف
الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف اخر عهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر
عنه وهو واجب عندنا خلافا للشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من حج هذا
البيت فليكن اخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض الا على اهل مكة
لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة و
يصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب
ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع
صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود بعده الى اهله هكذا
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي
وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد
فهذا بيان تمام الحج والله تعالى اعلم

فصل

فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات
ووقف فيها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه
يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء
عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما
بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج فاول وقت
الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعد الزوال و
هذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة
بليل فقد فاته الحج فهذا بيان اخر الوقت ومالك رحمه الله ان كان يقول ان اول وقته
بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال
وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه الصلاة والسلام ذكر بكلمة او فانه قال
الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة تخيير
وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما روينا

ومن اجتاز بعرفات وهو نائم او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف
لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم
بخلاف الصلاة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل مخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن
ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ولو امر
انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المامور عنه صح بالاجماع حتى اذا
افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به
وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير
من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم
عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام
هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل و
الحكم يدور عليه قال والمراة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل غير انها لا تكشف
راسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه الصلاة والسلام احرام المراة في وجهها
ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته جاز كذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه
بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا
تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه الصلاة
والسلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة
كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف
العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا
ان تجد الموضع خاليا ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء
وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد بدنة فقد احرم
ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او
العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير محرما لاتصال النية
بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة
نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها فلم يسقها لم يصر محرما لما روي
عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث

بها

بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم
يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها و
ساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو
ساقها في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام
وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع
على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء
النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي
غيره توقف على حقيقة الفعل فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما
لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه
عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل
للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة
ايضا قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي رحمه الله من الابل خاصة لقوله
عليه الصلاة والسلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه
كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد
استويا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية
في الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال
الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال مالك رحمه الله التمتع افضل من القران لان له ذكرا
في القران بقوله تعالى فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الاية ولا ذكر للقران فيه وجه قول الشافعي
قوله عليه الصلاة والسلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر و
الحلق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام يا ال محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا
بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى وصلاة الليل
والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا يترجح
لما ذكره والمقصود بما روي نفي قول الجاهلية فانهم كانوا يقولون ان العمرة في اشهر
الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القران لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة
ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة

احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه
وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين
ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران ان يهل
بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلاة اللهم انى اريد الحج والعمرة فيسرهما
لى وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولهم قرنت الشئ بالشئ اذا
جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان
الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قايم ومتى عزم على ادائهما يسال الله تعالى التيسير فيهما
وقدم ذكر العمرة على الحج فيه وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدا بافعال العمرة
فكذلك يبدا بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا باس به لان الواو للجمع ولو نواهما بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلاة فاذا دخل مكة ابتدا فطاف
بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلاث الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا و
المروة وهذه افعال العمرة ثم يبدا بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط
ويسعى كما بينا في المفرد وانما يقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج و
القران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما
يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد
ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا
لقوله عليه الصلاة والسلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على
التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان
ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين فقال له عمر رضي الله تعالى عنه
هديت لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل
كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم
والحلق للتحلل فليست هذه الاشيا بمقاصد بخلاف الاركان الا يرى ان شفع
التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة
في وقت الحج قال فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى
بما هو المستحق عليه وقد اسا بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه

شئ

شئ اما عندهما ظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما
وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره
بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف واذا رمى الجمرة يوم
النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة
والهدى منصوص عليه فيها والهدى من الابل والبقر والغنم على ما نذكر في بابه
ان شاء الله تعالى اراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى
البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فان لم يكن له ما يذبح
صام ثلاثة ايام اخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى
فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص
وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله تعالى
اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية
ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدى فيستحب تاخيره الى
اخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز
ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع
ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اى فرغتم اذ الفراغ سبب للرجوع الى اهله
وكان الادا بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم
وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى كصوم رمضان
وقال مالك رحمه الله يصوم فيها لقوله تعالى في الحج وهذا وقته ولنا ان النهي المشهور
عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به ما
وجب كاملا ولا يؤدي بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا
والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في
مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدى تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم
التحلل قبل الهدى فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات ووقف
بها فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا

افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح
من مذهب ابي حنيفة رحمه الله ايضا والفرق بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا
توجه اليها لان الامر هناك بالتوجه وهو متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران
والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت
العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه دم رفض عمرته بعد شروعه فيها وعليه قضاؤها
لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة
ان الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية
ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة
الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة بينهما لانها تبع للحج كتخلل السنة بين
الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق
الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله
بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى وصفته ان
يبتدي من الميقات في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة ويطوف لها ويسعى
ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد
بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضا وقال مالك
لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما رويناه وقوله تعالى محلقين
رؤسكم الآية نزلت في عمرة القضا ولانها لما كانت لها تحرم بالتلبية كان لها
تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدا بالطواف وقال مالك رحمه الله كما وقع
بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة
القضا قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعه عند
افتتاحه ولهذا يقطعه الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه
حل من العمرة فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من
الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على
ما بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة
ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان

هذا

هذا التمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف
الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه
فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في
القران فان صام ثلاثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب
وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع
فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه وان صامها بعد ما احرم بالعمرة قبل ان
يطوف بالبيت جاز عندنا خلافا للشافعي له قوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج
ولنا انه اداء بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بيناه
والافضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع
ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي صلى الله عليه وسلم
ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة
قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا والتقليد اولى
من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم
يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى
ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه
عليه الصلاة والسلام احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه
ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال واشعر البدنة عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند ابي حنيفة رحمه الله ويكره والاشعار هو
الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من
الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب
اليسار مقصودا وفي الجانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا
الصنيع مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما حسن وعند الشافعي سنة لانه
مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ولهما ان المقصود
من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء وكلاء او يرد اذا ضل وانه في الاشعار
اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا

بحسنه ولابي حنيفة رحمه الله انه مثلة وانه منهي عنه ومتى وقع التعارض فالترجيح
للمحرم واشعار النبي صلى الله عليه وسلم لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن
تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه
يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال واذا دخل مكة طاف وسعى
وهذا للعمرة على ما بيناه في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم
التروية لقوله عليه الصلاة والسلام لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت
الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم
بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بيناه وان قدم الاحرام قبله جاز وما
عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة و
هذه الافضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم
التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في
الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم
الافراد خاصة خلافا للشافعي والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري
المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي
ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي
اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي
واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه
الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من
التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون الماما صحيحا ولا يبطل تمتعه عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان
العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح الالمام
بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا
لان العود هناك غير مستحق عليه فصح المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر
الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان
متمتعا لان الاحرام عند نا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال

فيها

فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة
اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر
الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل
اشهر الحج ومالك رحمه الله يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق
باداء الافعال والمتمتع مترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج قال
واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة
الثلاث وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة
ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر
معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز
احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده
وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم
اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان قال
واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا
وحج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في
اشهر الحج واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يكون متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكا هذا ان
ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان
فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة
دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هو متمتع لانه انشا سفرة وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع
الى وطنه فان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في
قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو
بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا
بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة
ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج

عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط عنه دم المتعة لانه لم يترفق باداء
نسكين صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها عن
المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة عند الاحرام
اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر
لحديث عايشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف
في المفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا فان حاضت بعد
الوقوف وبعد طواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر لانه
عليه الصلاة والسلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة
دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما حل
النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله ويرويه البعض عن محمد رحمه الله لانه
وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك

باب الجنايات

و اذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل
الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق
وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه
الصدقة لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي
المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق
بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع المواضع الا
في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير
مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي
عن ابي يوسف قال فان خضب راسه بحنا فعليه دم لانه طيب قال عليه الصلاة
والسلام الحناء طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للطيب ودم للتغطية
ولو خضب راسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا خضب راسه بالوسمة لاجل الحاجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار
انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته واقتصر على ذكر
الراس في الجامع الصغير لان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت

فعليه

فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي ان استعمله في
الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه
ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت
جناية قاصرة ولابي حنيفة رحمه الله انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل
الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل جنايته بهذه الجملة
فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت
البحت والخل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب
باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو
داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه
انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف
ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا
فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من
نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا وقال الشافعي يجب الدم
بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق
مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر
باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة ويتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير
ان ابا يوسف رحمه الله اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او
ايتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه
في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا
يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الراس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف
انه اذا غطى جميع راسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض
راسه فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق و
العورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس و
عن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع راسه او
ربع لحيته فصاعدا فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك

لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم
ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل به الجناية و
يتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض
اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو
مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود
بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي
الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق عضوا فعليه دم
وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق
التنور فيتكامل بحلق كله ويتقاصر عند حلق بعضه فان اخذ من شاربه فعليه طعام
حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا الماخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام
بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من
الشارب يدل على ان السنة فيه دون الحلق والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار حرف
الشفة العليا قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه
الصدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة
اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رحمه الله ان حلقه مقصود
لانه لا يتوصل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم
وان حلق راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم وقال
الشافعي رحمه الله لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج
المكره من ان يكون مواخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه
ينتفي الاثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم
حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الافات هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع
المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في
حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق راسه واما
الحالق فتلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا
الخلاف اذا حلق المحرم راس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو

موجب

موجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه
الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية
في شعره فان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا
ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتاذى بتفث غيره وان كان اقل من التاذي بتفث
نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات
لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل
فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان
كان في مجالس فكذلك عند محمد لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت
الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب اربعة
دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل
باتحاد المجلس كما في اي السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام
الكل كما في حلق الراس وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه يجب
بكل ظفر صدقة وقال زفر رحمه الله يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
الاول لان في اظافير اليد الواحدة الدم والثلاث اكثرها وجه المذكور في الكتاب
ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها
مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه و
رجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه دم اعتبارا
بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان
كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتاذى ويشينه ذلك
بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة فيجب
بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما
فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال وان انكسر ظفر المحرم وتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو
بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او لبس او حلق من عذر
فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة اصوع من
الطعام وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك

وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا والاية نزلت في
المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة
عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا
في زمان او مكان مخصوص وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان
ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة
اليمين وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور

فصل

فان نظر الى فرج امراته بشهوة فامنى لا شيء عليه لان المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد
فصار كما لو تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول
اذا مس امراة بشهوة فامنى ولا فرق بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل
وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي انه يفسد احرامه في جميع ذلك
اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد
بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا
ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك محظور الاحرام فيلزم الدم بخلاف
الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج و
ان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في
الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عمن
واقع امراته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجهما وعليهما الحج
من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله
يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولانه
القضاء لما وجب عليه ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى
بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي
حنيفة رحمه الله ان في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه
روايتان وليس عليه ان يفارق امراته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك
اذا خرج من بيتهما ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي
جامعها فيه لهم انهما يتذكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا

ان الجامع بينهما وهو النكاح وانه قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة
الوقاع ولا بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة
فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد
حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله صلى الله عليه وسلم من
وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنه او لانه اعلى
انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه فان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء
احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة و
من جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها
وعليه شاة واذا جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد
عمرته وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج ولنا انها سنة فكانت
احط رتبة منه فيجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا
كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في
جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل
جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا
وهو لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام
مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم

فصل

ومن طاف طواف القدوم
محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به لقوله عليه الصلاة والسلام
الطواف صلاة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه قلنا
قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل
سنة والاصح انها واجب لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر الواحد يوجب العمل
فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع و
يدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب
بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو
طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش
من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما

ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا
اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف ما
دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة
في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره
بسبب الحدث ثم ان اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر
لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر
فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة
بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا فعليه ان يعود
لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا لما فاته من المصلحة ويعود باحرام جديد
وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو رجع
الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف
في معنى النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله
فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف
ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا
فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب شاة الا ان الاول اصح ولو
طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن
ترك من طواف الزيارة ثلاثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك
الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه
ان لا يعود ويبعث بشاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها
لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة
اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة
اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلاثة اشواط من طواف الصدر فعليه صدقة
ومن طاف طواف الزيارة في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء
الحطيم واجب على ما قدمنا والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل
الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام

بمكة

بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه
لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل
الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله
ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع فلا تجزيه
الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام التشريق
طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه
واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل
اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة
فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك
طواف الصدر بالاتفاق وبتاخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر
ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء
وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب
الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما لا شيء عليه دم لترك الطهارة فيه
ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن النقصان يسير وليس عليه في السعي
شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح
ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا
فيلزمه بتركه الدم دون الفساد ومن افاض من عرفات قبل الامام فعليه دم وقال
الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا
ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب لقوله عليه الصلاة والسلام فادفعوا بعد غروب
الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف
نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية
لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف
بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم
لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق

بغروب الشمس من آخر أيام الرمي لأنه لم يعرف قربة إلا فيها وما دامت الأيام باقية
فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما وإن ترك رمي يوم فعليه دم لأنه نسك تام ومن ترك إحدى الجمار الثلاث
فعليه الصدقة لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل إلا أن يكون
المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر وإن ترك رمي جمرة العقبة
يوم النحر فعليه دم لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا إذا ترك الأكثر منها وإن ترك
منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع إلا أن يبلغ دما
فينقص ما شاء لأن المتروك هو الأقل فتكفيه الصدقة ومن أخر الحلق حتى مضت
أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة وكذا إذا أخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في
الوجهين وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي
ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء ولا
يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنهما قال من قدم نسكا على
نسك فعليه الدم ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام
وكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وإن حلق في أيام النحر في غير
الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف رحمه الله لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف
في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لأن السنة جرت في الحج بالحلق بمنى
وهو من الحرم والأصح أنه على الاختلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لأن النبي صلى
الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما أن
الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلاة فإنه من واجباتها وإن كان محللا
وإذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا
فيه فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف
لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان
دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم أما لا يتوقت في حق
التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع لأن أصل

العمرة

العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لأنه يتوقت به قال فإن لم يقصر حتى رجع وقصر
فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه إذا خرج المعتمر ثم عاد لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه
ضمانه فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله دم بالحلق
في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب دم واحد
وهو الأول ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما بينا

فصل

اعلم أن صيد البر محرم
على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر إلى آخر الآية وصيد البر ما يكون
توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في البحر والصيد هو الممتنع المتوحش
في أصل الخلقة واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور
والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب فإنها مبتدئة بالأذى والمراد به الغراب الذي
يأكل الجيف وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وإذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه
الجزاء أما جزاء القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء
مثل ما قتل من النعم الآية نص على إيجاب الجزاء وأما الدلالة ففيها خلاف الشافعي
هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالا
ولنا ما روي من حديث أبي قتادة رضي الله عنه وقال عطاء أجمع الناس على أن على الدال
الجزاء ولأن الدلالة من محظورات الإحرام ولأنه تفويت الأمن من الصيد إذ هو
آمن بتوحشه وتواريه فصار كالإتلاف ولأن المحرم بإحرامه التزم الامتناع
عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع إذا دل السارق بخلاف الحلال لأنه
لا التزام من جهته على أن فيه الجزاء على ما روي عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة
الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وأن يصدقه في الدلالة حتى
لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذَّب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه
شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد والناسي لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف فأشبه
غرامات الأموال والمبتدئ والعائد سواء لأن الموجب لا يختلف والجزاء عند أبي
حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتله فيه أو في أقرب المواضع
منه إذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء إن شاء ابتاع بها هديا
وذبحه إن بلغت قيمته هديا وإن شاء اشترى بها طعاما وتصدق به على كل مسكين

نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد
والشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة
وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة
لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان
القيمة لا تكون نعما والصحابة رضي الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر
في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال عليه الصلاة والسلام الضبع
صيد وفيه شاة وما ليس له نظير عند محمد يجب القيمة مثل العصفور والحمام واشباههما
واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمام شاة ويثبت المشابهة
بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى
ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه لئلا يكون جمعا بين الحقيقة
والمجاز فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا
بالاجماع لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله تعالى اعلم فجزاء قيمة
ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي هكذا قاله ابو عبيد
والاصمعي والمراد بما روى التقدير دون ايجاب العين ثم الخيار الى القاتل في ان
يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي
رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما بينا وان حكما
بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع
رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله
تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى
يحكم او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما
قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع فكذا قوله او عدل
ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم
المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي صابه لاختلاف
القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب
المواضع اليه مما يباع ويشترى فيه قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد

العناق الانثى من ولد المعز والجمع اعنق وعنوق صحاح
اليربوع دابة معروفة قاموس
الجفر من اولاد الشاء اذا عظم واستكرش او بلغ اربعة اشهر جمع اجفار وجفار وجفرة ٥

من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي لا يذبح
الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي
يعتبر بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير
معقولة فيختص بمكان او بزمان اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان
والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه عن
الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب
عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم
الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة
رضي الله عنهم اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجوز الصغار
على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف
بالطعام عندنا لانه هو المضمون فتعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق
على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم المسكين
اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وان
اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع
من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه
بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من
الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء تصدق بها وان شاء صام عنه يوما
كاملا لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام
مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف
شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد
ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة
لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة
فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولانه اصل الصيد وله
عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد وان خرج من
البيض فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة

لان حياة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر
قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا
وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداة والذيب والحية والعقرب والفارة
والكلب العقور جزاء لقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم
الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية والكلب العقور وقال عليه الصلاة والسلام يقتل
المحرم الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذيب في بعض
الروايات وقيل المراد بالكلب العقور هو الذيب او يقال ان الذيب في معناه والمراد بالغراب
الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدى بالاذى اما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا
يبتدى بالاذى وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمتوحش
منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء والضب و
اليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى وليس في قتل البعوض و
النملة والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي
مؤذية بطبعها والمراد النملة السودا او الصفرا الذي يؤذي وما لا يؤذي لا يحل قتلها
ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام
لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل
على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا و
من قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجرادة من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه
الا بحيلة ويقصده الاخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة
ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات
ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم
فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد
كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي
لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء وقد دخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم
الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد بتوحشه وكونه مقصودا
بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه

من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته
شاة وقال زفر رحمه الله يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله صلى الله
عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب
مؤذي ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم فقتله
لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه
قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتداناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض للصيد
لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق فلان
يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا
له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من جهة صاحب الحق وهو العبد وان اضطر
المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما
تلوناه من قبل ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط
الاهلي لان هذه الاشيا ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي
يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه
الجزاء خلافا لمالك رحمه الله له انه الوف مستانس باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان
كان بطيء النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه
صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة
على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي رحمه الله يحل
ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل مشروع
وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام
مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه وان اكل المحرم الذابح من ذلك
شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه
محرم اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار
وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة رحمه الله ان حرمته باعتبار كونه ميتة
كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح
عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافة الى احرامه

بخلاف الحرم اذ لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا باس بان ياكل المحرم
لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا
لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله عليه الصلاة والسلام لا باس
باكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم
تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه الصلاة والسلام لا باس به واللام فيما روي لام
التمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم ومعناه ان يصاد بامره ثم شرط
عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة
حديث ابي قتادة رضي الله عنه وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق
بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه الصلاة والسلام في حديث
فيه طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان
الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق
الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء
الافعال لا ضمان المحال وقال زفر رحمه الله يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم و
الفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي فيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان
يرسله فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك
العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار
من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قايما
في يده لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فايتا فعليه
الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد
من محرم او حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله
وقال الشافعي عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا
كان في يده ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود و
دواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى
الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت و
القفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك

وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب
حلال صيدا ثم احرم فارسله من يد غيره يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يضمن لان المرسل امر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل
وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه
المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه
ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره
الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب محرم صيدا فارسله من يد غيره لا ضمان
عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم
لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله
محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاء لان الاخذ متعرض للصيد بتفويت الامن
والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل
الدخول اذا رجعوا ويرجع الاخذ على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الاخذ
مواخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان عند
اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة
العلة فيحال بالضمان اليه وان قطع حشيش الحرم او شجره الذي ليس بمملوك
ولا هو مما ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما تثبت بسبب الحرم
قال عليه الصلاة والسلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم مدخل
في هذه القيمة لان حرمة تناولهما بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان
المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق
العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق في بيعه
لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق
ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن
بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم والمنسوب الى الحرم بما ذكرنا والنسبة اليه على
الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان
التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمته

قوله خليت الخلا واختليته اي جززته وقطعته فاختلى صحاح

الخلا مقصور الرطب من الحشيش الواحدة خلاة مغ

للحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر
الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال
ابو يوسف لا باس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا
والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف
الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكماة
لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما
ففيه دمان على القارن دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي دم واحد بناء على انه
محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات
غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لما ان المستحق عليه عند الميقات احرام
واحد وبتاخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد
فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية
تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد
الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد
باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطاء يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد
منهما كفارة واذا باع المحرم صيدا او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض
للصيد بتفويت الامن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من
الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج
من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مامنه فهذه صفة
شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان
الولد بعد اداء الجزاء لم يبق امنة لان وصول الخلف كوصول الاصل والله اعلم

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة
فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل
مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان رجع اليه محرما
فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته
لم ترتفع بالعود وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا

انه

انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف
الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده
محرما لانه اظهر حق الميقات ولم يلب كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده
محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير الى
الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا
وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرناه و
لو عاد بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد
اليه قبل الاحرام يسقط عنه بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج
او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته
البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا
يلزمه الاحرام بقصده فاذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير
احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه و
بين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملتحق به فان احرما من الحل ووقفا
بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما
ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه
اجزاه من دخوله في مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا
بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته
لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام
في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا
باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه
السنة دون العام الثاني ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة فافسدها مضى فيها
وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك
الوقت وعلى قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط وهو نظير الاختلاف في فائت
الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم
افسد بحجة هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير

فاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفايت ولا ينعدم به غيره
من المحظورات فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم بالحج ولم يعد الى الحرم
ووقف بعرفة فعليه شاة لانه وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم
ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم
خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار
بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى
الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام قال ابو حنيفة رحمه الله اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها
شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان
الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا و
ايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال
العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان
للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج
لم يتاكد ورفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي
رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر
المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه
وعمرة لانه في معنى فايت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما
غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم
لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم
جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان
حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى و
عليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع
بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول

فهو

فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في
العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه
عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى
فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرتين وهذا مكروه فيلزمه
الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما
مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة
فيصير مسيئا ولو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر
عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى
يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه
دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام منهما والمراد بهذا
الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يات
بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز
وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر وهو الصحيح لانه بان افعال
العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد
بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع
فيها وعليه دم لرفضها واذا اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته
لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال
العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكر
ان شاء الله تعالى فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها
لما بينا وان مضى عليها اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في
هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه
بينهما اما في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل
اذا حلق للحج ثم احرم لها لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها
احترازا عن المنهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا فانه

للحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فايت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان
ينقلب احرامه احرام العمرة على ما ياتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا
بين العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين وان احرم بحجة
يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة
الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه **باب الاحصار** واذا احصر المحرم بعدو
او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الاحصار الا
بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحرم ليحصل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو
لا من المرض ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة
فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي
من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل
يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبحها فيه ثم
تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف الا في زمان
او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رحمه الله
لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل
التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي والشاة ادناه و
يجزيه البدنة والبقرة او سبعهما كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة
بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى يشتري الشاة هناك فتذبح
عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه الصلاة
والسلام حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه رضي الله عنهم بذلك ولهما
ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي صلى الله
عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال وان كان
قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين وان بعث بهدي واحد
ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع

في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة
متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما
محلل ولابي حنيفة رحمه الله انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون
الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف
الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به قال والمحصر بالحج اذا
تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما ولان الحجة
يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها والعمرة لما انه في معنى فايت الحج وعلى المحصر بالعمرة
القضاء فالاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا تتوقت
ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا
ولانه شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار
فعليه القضا اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحداهما فلما بينا
واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعد
هم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه
ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء
الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فايت الحج وان كان يدرك الحج
والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف وان ادرك هديه
صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه فان كان يدرك
الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له
التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار
عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي
حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه
القياس وهو قول زفر رحمه الله انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود
بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث
على يده الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار

على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا اذا خاف على ماله لانه ينبغي ان يضمن المبعوث على يده
بالذبح لفوات مقصود المحصر ولا وجه لايجاب الضمان عليه وله الخيار ان شاء
صبر في ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك
الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف
بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو
ممنوع من الوقوف والطواف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر
في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فايت الحج يتحلل به
والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة خلاف
بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والصحيح ما اعلمتك من التفصيل ٥

باب الفوات ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر
فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى
ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عليه الصلاة والسلام ومن فاته
عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف
والسعي ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد
النسكين كما في الاحرام المبهم وهنا عجز عن الحج فيتعين عليه العمرة ولا دم عليه
لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع
بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها
فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها
انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت
متعينة له وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول
وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر في المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا
لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو
تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي
فريضة لقوله عليه الصلاة والسلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة وتتادى بنية غيرها

في فائت الحج وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال الحج اذ لا تثبت
الفريضة مع التعارض في الآثار قال وهي الاحرام والطواف والسعي وقد
ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير الاصل في هذا ان الانسان له ان
يجعل ثواب عمله لغيره صلاة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة
والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن
نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل
تضحية احد الشاتين لامته والعبادة انواع مالية محضة كالزكاة وبدنية
محضة كالصلاة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي
الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني
بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث
عند العجز للمعنى الثاني وهي المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم
اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج
النفل تجوز الانابة مع حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب
ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في هذا الباب
كحديث الخثعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال حجي عن ابيك واعتمري وعن
محمد رحمه الله ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية و
عند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم ومن امره رجلان
ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة
لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما
امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم
الاولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعل عن احدهما بعد ذلك بخلاف
ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب
عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهاهنا
يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق
من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى

عن احدهما غير عينه فانه مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما
قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله وهو القياس لانه مامور بالتعيين والابهام يخالفه
فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان
الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع
وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين
فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المودى لا يحتمل التعيين
فصار مخالفا قال فان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا
لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة
الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله ان الحج يقع عن الامر
وكذلك ان امره واحد ان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه
لما قلنا ودم الاحصار على الامر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه
فيكون الدم عليه ولهما ان الامر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان
كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من
ثلث مال الميت لانه صلة كالزكاة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمامور
فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة
معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المامور به بخلاف
ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فات باختياره اما اذا جامع بعد
الوقوف لا يفسد ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الامر وعليه الدم في ماله لما
بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا قال ومن اوصى بان يحج عنه
فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف
يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحج
عنه من حيث مات الاول فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما
الاول فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله اما عند محمد رحمه الله يحج عنه بما بقي من المال
المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين

الموصي كتعيينه وعند ابي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل
لنفاذ الوصية ولابي حنيفة رحمه الله ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم
الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار
كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو
القياس ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه الصلاة
والسلام اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا الثلاث الحديث وتنفيذ الوصية
من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما
وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى
الله ورسوله الاية وقال عليه الصلاة والسلام من مات في طريق الحج كتب له حجة
مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل
الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتني على ذلك المامور بالحج قال ومن اهل بحجة
عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما
يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه
لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما فرقنا من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الهدي فقال شاة قال
وهو من ثلاثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عليه الصلاة والسلام لما جعل
الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى
الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا
الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل
واحد والشاة جائزة في كل شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن
جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل
منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم اكل من لحم هديه وحسى من المرقة
ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف
في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان
النبي صلى الله عليه وسلم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي

قال له لا تاكل انت ورفيقك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال رحمه الله وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اى وقت شاء وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا في ايام النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عليه الصلاة والسلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل مسكين قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لانه ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب وان عرف بهدى المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج الى من يمسكه ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببه الجناية فيليق به الستر قال والافضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله انحر الجزور وقال تعالى ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا قياما او اضجعها واى ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر الهدايا قياما

والصحابة

والصحابة رضي الله عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما قال والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدى لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطى اجرة الجزار منها لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وبخطمها ولا تعط اجرة الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فيما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسها الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا الى ركوبها ولو ركبها فانتقص بركوبها فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها فان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كثير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب صفحة سنامها ولم ياكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدى فياكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن بتناوله معلق بشرط

بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان
يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام
غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر
املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه نسك وفي التقليد اظهاره و
تشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية و
الستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة
لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليده عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

مسايل منثورة

اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر
اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانها عبادة
تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان ان هذه شهادة
قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل
تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عامة لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي
الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا
يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز
المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة و
يقول قد تم حج الناس وانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا
عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم
لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة و
لم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون
ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب
وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل
الطواف او بدا بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها
فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه
والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية قال ومن جعل على
نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل

خيره بين الركوب والمشي وهذه اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم
القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا
وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدي بالمشي
من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر هو المراد ولو ركب اراق دما لانه
ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت
والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية
محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك
لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية منكوحة
ولنا ان المشتري قايم مقام البايع وقد كان للبايع ان يحللها وكذلك للمشتري
الا انه يكره ذلك للبايع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري
بخلاف النكاح لانه ما كان للبايع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك
للمشتري واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رحمه الله
يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على
انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها
بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير
المجامعة تعظيما لامر الحج

كتاب النكاح

قال رضي الله عنه النكاح ينعقد
بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت
للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر
باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني ويقول زوجتك
لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح على ما نبينه ان
شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال
الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه
ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك
والمملوك ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو
الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود

طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة
ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب
الملك مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور
شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامراتين عدولا
كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رحمه الله اعلم ان الشهادة
شرط في النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك
رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد
لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية
بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على
المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين وفيه خلاف
الشافعي وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد
بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق
من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا
لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه و
لانه صلح مقلِدا فيصلح مقلَدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل
الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفايت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته
فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم
ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
رحمهما الله لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم
فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار
اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة
تشترط في لزوم مال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج
لان العقد انما ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان
يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز
النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى

الزوج

الزوج شاهدا وان كان الاب غايبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان
يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد
واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غايبة لا يجوز **فصل** في بيان المحرمات
قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله
تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هي الاصل
لغة او تثبت حرمتهن بالاجماع ولا ببنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت
ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه
ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الاية وتدخل فيها
العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم
عامة قال ولا بام امراته التي دخل بها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم
من غير قيد بالدخول ولا ببنت امراته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص
سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط
ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامراة ابيه واجداده لقوله
تعالى وحلايل ابنايكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار
التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ولا بامه من الرضاعة ولا باخته
من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين
الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
الا ما قد سلف ولقوله عليه الصلاة والسلام من كان يومن بالله واليوم الاخر
فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح
لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطا الامة وان كان لم يطا
المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطا المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة
على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطا المنكوحة لعدم الجمع ويطا المنكوحة
ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست بموطوءة حكما فان
تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح

احدهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع
التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب
للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من
دعوى كل واحدة منهما انها هي الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع
بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اختها ولا على ابنة اخيها لقوله عليه الصلاة
والسلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها
فهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احداهما
رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى قطيعة الرحم والقرابة
المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا
من قبل ولا باس بان يجمع بين امراة وبنت زوج كان لها من قبله لانه لا قرابة
بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج
بامراة ابيه قلنا امراة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور
ذلك من كل جانب ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي الزنا
لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية
بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله
وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي
الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا ومن مسته
امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف
مسه امراة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر
ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب
الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داعي الى الوطي فيقام
مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الالة او تزداد انتشارا
هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها
ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه تبين
بالانزال انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المراة في الدبر واذا طلق امراته

طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي
ان كانت العدة عن طلاق باين او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا
للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قايم
لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي القيد
والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك
قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا
يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة
بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج
الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفايف ولا
فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزويج المجوسيات
لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن
ويجوز الصابيات ان كانوا مؤمنين بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب
وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون و
الخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذاهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده و
على هذا اجاز ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه
الصلاة والسلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام
تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة
كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح
الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة
بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي
وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له
ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح
الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك

تزوج

في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله
فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها
لقوله عليه الصلاة والسلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات
اذ لا منصف في حقها فان تزوج الامة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي
حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزويج وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج
عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام
فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان
يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج باكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما
طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال
الشافعي رحمه الله لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة
المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين
وقال مالك رحمه الله يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا
ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق
الحر احدى نسائه الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه
خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال فان تزوج حبلى من زنا
جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف رحمه الله النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف
ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز
اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره
والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من
السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح
باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح
لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا
يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش
لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها

صيانة

صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطاها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل
بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا
يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا
اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطاها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد
لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان
يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا
فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم وابن عباس
رضي الله عنه صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج
امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لان النكاح لا
يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينما
اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد و
من تزوج امراتين في عقدة واحدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها
وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه
يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة
وعندهما يقسم على مهر مثلهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها
واقامت بينة فجعلها القاضي امراته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه
يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر وهو قول
محمد لا يسعه ان يطاها وهو قول الشافعي لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة
فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود صدقة عنده و
هو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما
متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ قطعا
للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله تعالى اعلم

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد
عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن

ابي يوسف رحمه الله انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي
رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض
اليهن مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت
في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها
اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية
لا فرق بين الكفو وغير الكفو لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا
يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا
لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا
انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد
كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض
الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال واذا استاذنها فسكتت او
ضحكت فهو اذن لقوله عليه الصلاة والسلام البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد
رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد
والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهية
وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن
ردا قال وان فعل هذا غير الولي يعني استامر او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا
حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا
ولو وقع فهو محتمل والاكتفا بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاوليا بخلاف
ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قايم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسمية
الزوج على وجه يقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا يشترط تسمية
المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو
على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا
يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا
لا يشترط اجماعا وله نظاير ولو استوذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله

عليه الصلاة والسلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحيا بالممارسة
فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او
تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه
الباكورة والبكرة لانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها
ثيب حقيقة لان مصيبها عايد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة
رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا
تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطيت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع
اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى
بسكوتها فاذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها
وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط
له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتمليك
البضع والمراة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة
الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت
النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسياتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى
ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا
والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي
الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك رحمه الله ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة
ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد
ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح
ولا يتوفر الا بين المتكافيين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية
في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رحمه الله ان النظر لا يتم بالتفويض
الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع
انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى رتبة اولى ولنا ان القرابة

داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام
بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا
ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة
سبب لحدوث الراى لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من
تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الراى بدون الشهوة فيدار
الحكم على الصغر ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه الصلاة والسلام الانكاح
الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في
الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعنى الصغير والصغيرة
فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما
كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما
الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابى حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة
الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
والتدارك بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام
والقاضى وهو الصحيح من الرواية لقصور الراى في احدهما ونقصان الشفقة
في الاخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا
لدفع ضرر خفى وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق
الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها
ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت
الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار
حتى تعلم فتسكت بشرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به
والولى ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع
والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها
فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار
الغلام ما لم يقل رضيت او يجىء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها

الزوج

الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق
البكر لا يمتد الى اخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت
باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف
خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار
المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا
بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذى ملكها وهو مالك للطلاق
فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق
لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولى
اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثم موقوف فيبطل بالموت و
ههنا نافذ فيتقرر به ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم
على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض
الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية
الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل
شهادته عليه ويجرى بينهما التوارث قال ولغير العصبات من الاقارب ولاية
التزويج عند ابى حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان
وقال محمد لا يثبت وهو القياس وهو رواية عن ابى حنيفة وقول ابى يوسف في ذلك
مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة
عن نسبة غير الكفوء اليها والى العصبات الصيانة ولابى حنيفة رحمه الله ان
هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة
على الشفقة ومن لا ولى لها يعنى العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها
الذى اعتقها جاز لانه اخر العصبات فاذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام
والحاكم لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له واذا غاب الولى
الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان
ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة ولا تبطل بغيبته ولهذا

لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية
وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان
كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة
وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة الوليين المتساويين فايهما عقد نفذ ولا
يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة و
هو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض
المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رايه وهذا اقرب الى
الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في
نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر
شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية
عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات

فصل في الاكفاء

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه الصلاة والسلام الا لا يزوج النساء
الا الاولياء ولا يزوجهن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين
عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف
جانبها لان الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها
من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة
تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم
اكفاء لبعض والاصل قوله عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن
ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض
رجل برجل ولا تعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد الا ان يكون
نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو
باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان
له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه وله
اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب و
الجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون

كفوا

كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية
نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم
الكفاءة ثم تعتبر ايضا في الدين اي في الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمراة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب
وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لانه من امور الاخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان
يصفع ويسخر منه او يخرج الى السوق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به
وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية
حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من
ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان
ما وراءه موجل عرفا وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري
المساهلة في المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافيها القادر على المهر
والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله
لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند
ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش
كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف و
يتعيرون بدناءتها وجه قول الاخر ان الحرفة ليست بلازمة فيمكن التحول عن
الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت المراة ونقصت عن مهر مثلها
فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها
وقالا ليس لهم ذلك وهذا الموضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع
اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد
على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة
ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف
الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من
مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب

والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس
فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر
فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في
البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر و
هو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية فهي المقصود في
التصرف المالي والدليل قدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا
او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم
الكفاءة فلا يجوز **فصل** في الوكالة في النكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج
بنت عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه
فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد
لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه
لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير
والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر
حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج
الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى
جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه
وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة
وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي
لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا
الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه
وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة
فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني تزوجتها منك
فبلغها الخبر فاجاز جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه الخبر فاجاز

جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب
اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي
والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان
فضوليا يتوقف فصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود
شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف
على ما وراء المجلس في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين
وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه
حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين في عقد لم يلزمه
واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين
للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه
امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم
التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف
الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح
مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز
عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة بالتزوج بالكفؤ **باب المهر** قال ويصح
النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين
ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا
تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله واقل المهر عشرة دراهم
وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يكون مهرا لانه حقها فيكون
التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع
وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب
السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية
ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار
مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها
ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه

بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند علمائنا الثلاثة وعنده
يجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد عليه المسمى ان دخل بها او مات
عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت ينتهي النكاح
نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول
والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية
والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود
المعقود اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول
عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها
على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي لا يجب شيء
في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه
ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما
يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا
الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع و
خمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عايشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما
وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة
لقيامها مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع
مقام
قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم
ويعرف ذلك في الاصل فان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي
لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وفي قول
ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف
بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا
يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد ما تلا الفرض في العقد اذ هو المفروض
المتعارف وان زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر وسنذكره في زيادة
الثمن والمثمن واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف

رحمه الله اولا يتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده
المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر
بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامراته وليس هناك مانع من
الوطء ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي لها نصف المهر لان المعقود عليه
انما يصير مستوفيا بالوطء فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت
الموانع وذلك في وسعها فيتاكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما
مريضا او صايما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حايضا
فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع
اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر
وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة
والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا
وان كان احدهما صايما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح لها الافطار من غير عذر
في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور
كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضها
ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على
سلامة الالة ولابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق السحق
وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم
الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر
لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا
تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب
لانعدام التمكن حقيقة قال ويستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة
وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله
يجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق
الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة

والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن المهر في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا يجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جاني في الايحاش فلا تلحقه الغرامة فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج ابنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القران فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد باذن مولاه امراة على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القران والخدمة في الوجهين لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر اخر وعلى رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر اخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وبامره وبخلاف رعي [illegible] الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا يستحق فيها بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بخمسماية لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا اخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء

وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرء عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر فان قبضت خمسماية ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا يرى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء اخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى مالها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل هذه المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته

اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها ان شاء الله تعالى ولو تزوجها
على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس
وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك
بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس
اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الاصلي
مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف
الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في
الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب
الاعتراف بالزيادة فاذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط
منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رحمه الله معنى هذه
المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا
لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله
يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا للبيع لا يصلح مسمى في النكاح
اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء
حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه
معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط
ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وساطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف
البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير
لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية
فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل معناه ذكر الثوب
ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى جنسا قال
هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية
لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته

وان

وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا
فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول
الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع يبطل بالشروط الفاسدة
لكن لم تصح التسمية لان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج
امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لها مثل وزنها خلا فان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز
عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم
وابو حنيفة رحمه الله يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها
ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رحمه الله يقول ان الاصل
ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود
في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان
المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها
تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت
فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا
هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة
التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها
على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو
يوسف رحمه الله لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن
تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة لها العبد الباقي
وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام
مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي
بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد
لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت

بها التمكين فلا يقام مقام الوطئ فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا
خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم
بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقص
لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه
فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط
وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطئات
هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها
لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة
النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس
بداعي اليه والاقامة باعتباره وقال مهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها
لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان
من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها
اذا لم يكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ
يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المراتان في السن
والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والعفة لان مهر المثل يختلف باختلاف
هذه الاوصاف وكذلك يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا
في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من
اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المراة بالخيار في مطالبتها زوجها
او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج اذا كان بامره
كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت المزوجة صغيرة بخلاف
ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي
البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية
قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا يرى انه لا يملك القبض بعد
بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه

ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار
كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها
حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفا
قبل الايفاء ولو كان المهر كله موجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها
بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها
حتى لو كانت مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا
الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه
كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق
لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه البدل لان كل
وطئة تصرف في البضع المحترم ولا يخلو عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة
لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد اخر وصار معلوما تحققت
المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى
واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يوذى وفي قرى
المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر فالقول قول
المراة في مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول
بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف
مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول
قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع
ضروري فمهما امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي
قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل بحكم قيمة البضع ثم ذكر هنا
ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير
والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة

موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم كما هو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في
الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها
ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والماية ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها
والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل
وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة
الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول
قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل
بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر
مثلها الفا وخمسماية تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسماية هذا تخريج الرازي قال
الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف
في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضا
بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في
حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما
في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل
وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وان كان في اصل المسمى فعند ابي
حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما
على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها
ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول و
مهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى صار دينا في ذمته فقد تاكد بالموت
فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني
فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات
احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر
القاضي مهر المثل ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو
المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى

في

في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يوكل فان القول قولها والمراد منه ما
يكون مهيا للاكل لانه يتعارف هدية فاما الحنطة والشعير فالقول قوله لما
بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحسبه من المهر لان الظاهر
يكذبه **فصل** واذا تزوج النصراني بنصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في
دينهم جايز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر و
كذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين
واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل
الدخول بها وقال زفر رحمه الله مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغا
النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب
غير ملتزمين احكام الاسلام ولان ولاية الالزام منقطعة لتباين الدار
بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا
وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون
احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف
وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم
وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربا
مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه
عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في
الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية
على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا
باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة
وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لها مهر المثل في
الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض موكد للملك في
المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا
بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا
مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون

المسمى بها لا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى
قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا
تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام
كاسترداد الخمر المغصوبة وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام
بخلاف المشترى لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض واذا تعذر القبض في
غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ
عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا يرى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام
تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل
اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح
العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق
فيملك النكاح ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو
عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون
اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق
النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تمليك تزويج امته
لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى و
تملك امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قايم واذا تزوج العبد باذن
مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه
من اهله فقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا
للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر
ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل عن ملك الى ملك مع بقاء الكتابة و
التدبير فيودي من كسبهما لا من انفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه
فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد
ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان
الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي
لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة

فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يوخذ منه اذا اعتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجايز عنده فيكون
هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجايز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق
المولى فيوخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف
والتحصين وذلك بالجايز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجايز بخلاف البيع
لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري
على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب و
وجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطئ ومسيلة اليمين ممنوعة على هذه
الطريقة ومن زوج عبدا ماذونا له امراة جاز والمراة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه
اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكر و
النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين
بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج
امراة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت
الزوج لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت وطيتها لان حق المولى في
الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بواها معه بيتا فلها النفقة والسكنى
والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بواها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له
ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رحمه الله
ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى
اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة
لان النكاح من خصايص الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث
انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها
ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك
والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار
تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا
مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها

وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله ان منع المبدل قبل
التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل
اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر خلافا لزفر فهو يعتبره بالردة
وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة
في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى لانه يعتبر في حق
احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى
عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطي حقها
حتى يثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف
الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل
بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة وان تزوجت باذن
مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله صلى الله عليه وسلم لبريرة
حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا
فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج
به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات
فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن
مولاها ثم اعتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها
وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا
ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان
وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة
وامتناع النفوذ لحق المولى قد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق
زيادة الملك كما اذا تزوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على
الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى
منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع
مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت
وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر اخر بالوطي في نكاح

موقوف

موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن
وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة
ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته
للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا
يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد
شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له
التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال
زفر والشافعي رحمهما الله يجب لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية
المشتركة وحكم الشئ يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اياه فولدت
لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا
للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال
ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان
فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة واذا جاز النكاح صار
ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد ولا قيمة عليه فيها ولا
في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه
فعتق عليه بالقرابة واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف
ففعل فسد النكاح وقال زفر لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الامر عندنا
حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور
لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن
ادم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم
الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب
التمليك منه بالف ثم امره باعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم
الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قال
اعتقه عني ولم يسم مالا يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة و
محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض

تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامره غيره
ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته
اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب
عن الامر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شئ لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم
قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال
ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل
فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة
قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها و
حرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي
حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا
وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم
لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست
شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي
امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما
كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح
الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما
يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما
لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام
المسلم يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز
ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة
التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا
كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما
مصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد

على

على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في
جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا فالولد كتابي حتى يجوز مناكحته
وتحل ذبيحته لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض
ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المراة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام
فان اسلم فهي امراته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته و
ان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون
طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لان فيه
تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول
غير متاكد فلا ينقطع بنفس الاسلام وبعده يتاكد فيتاجل الى انقضاء ثلاث
حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتني عليه الفرقة
والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد او تثبت الفرقة بالاباء ووجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب يشترك
فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع
عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه
في التسريح كما في الجب والعنة اما المراة ليست باهل الطلاق فلا ينوب القاضي منابها
عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباها فلها المهر ان كان دخل بها لتاكده بالدخول
وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة
والمطاوعة واذا اسلمت المراة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته
مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا
لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولابد
من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي ثلاث حيض مقام السبب كما في
حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له
في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة
فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسياتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج
الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج

احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي
لا يقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع و
قال الشافعي يقع فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي
وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي
المستامن والمسلم المستامن اما السبي فيقتضي الصفا للسابي ولا يتحقق الا
بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة
وحكما لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي
النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفا في محل عمله وهو المال
لا في محل النكاح وفي المستامن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت
المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام
ولابي حنيفة رحمه الله انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك
الحربي ولهذا لا يجب على المسبية العدة وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها
وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع كما في الحبلى من الزنا
وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع
من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير
طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من
الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف مر على اصلنا
له في الاباء وابو حنيفة فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة
والطلاق رافع فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف
فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة
ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها
وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة
لان الفرقة جاءت من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا
وقال زفر رحمه الله يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي

ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يامرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد
الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد
الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم واذا كان لرجل امراتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين
كانتا او ثيبين او احداهما بكرا والاخرى ثيبا لقول النبي صلى الله عليه وسلم من كان له
امراتان ومال الى احداهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة
رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول
اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل
فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق
النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق
هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانه يبتني
على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم و
للامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من
اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة بمنزلة الامة لان الرق فيهن
قائم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى
ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان
القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمراة عند
مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر
بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك
قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سالت رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع عن ذلك
لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع قليل الرضاع
وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله
لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحرم المصة ولا المصتان

ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
الآية وقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من
غير فصل ولان الحرمة وان كانت بشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم
وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود
بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الارضاع على ما نبين ثم مدة
الارضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي
وقال زفر ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة
على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ومدة الحمل ادناه ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه الصلاة والسلام
لا رضاع بعد حولين وله هذه الاية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما
مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص
في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذا لينقطع الانبات
باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل
لانها مغيرة فان غذا الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغايره غذاء الفطيم والحديث
محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت
مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد
الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر
الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه
انقطاع النشو بتغير الغذا وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح
لان اباحته ضرورية لكونه جزء الادمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
للحديث الذي رويناه الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز
ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع
ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ
امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه او امراة ابنه من
الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب

في

في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بينا ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو
ان ترضع امراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه و
يصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احدى قولي الشافعي رحمه الله
لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا
ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه الصلاة والسلام
لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول
اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت
اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ
من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل
صبيين اجتمعا على ثدي واحد لا يجوز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو
الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد
التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع
اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن
هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي
هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا
تظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم و
ان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق
به التحريم قال رحمه الله تعالى قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به
التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله
ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار
كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي
بالطعام اذ هو الاصل وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان
اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن
الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به
التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امراتين تعلق التحريم

باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر
في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب
الجنس لان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله
في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا
تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب للنشو فتثبت شبهة البعضية
واذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول
الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المراة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم
يبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة
الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قايم باللبن وهذه الحرمة
تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطي فلكونه ملاقيا محل الحرث وقد
زال بالموت فافترقا فاذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد
انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في
الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع معنى النشو
ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن
فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق
به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا
شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي
والبهايم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت
الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت
رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل الكبيرة فلا مهر لها
لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان
الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها
غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة
ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة
امراته وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت

ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها
مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق
الحال او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا
ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح
واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا
علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت
بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد
لا تكون متعدية لانها مامورة بذلك فلو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد
لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع
الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما تثبت بشهادة
رجلين او رجل وامراتين وقال مالك تثبت بشهادة امراة واحدة اذا كانت
موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد
كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا
يقبل الفصل من زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة
رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا
دينيا

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلاثة اوجه
حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امراته تطليقة واحدة
في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان
هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل امراته ثلاثا عند كل طهر تطليقة
واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمراة ولا خلاف لاحد في الكراهة
والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة
اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق
هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان يستقبل

الطهر استقبالا ويطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو
الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى
دليلها ثم قيل الاولى ان يوخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر
انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع
عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا بكلمة واحدة
او ثلاثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله
كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع
الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا
ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح
الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث
وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن
تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا ينافي الحظر
لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا
واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة
الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وذكر في الزيادات انه لا يكره
للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة
في العدد والسنة في العدد يستوي فيه المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها
والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها
فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة و
هو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر
تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض خلافا لزفر رحمه الله وهو
يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض
ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر فاذا كانت المرأة لا تحيض
من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها
اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض

من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر
الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر
يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه بالايام في حق التفريق وفي حق
العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان
بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطيها
وطلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع
تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض
باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه
الذي ذكر تكثر من الوجه الاخر لانه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد
فكان الزمان زمان الرغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب
الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه
غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا
يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد
الشرع بالتفريق في فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار
كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة و
الصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا
بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع
الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره
وهو ما ذكرناه فلا تنعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه الصلاة والسلام
لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع و
الحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة
الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا للضرر بتطويل العدة
قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رحمه الله
وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة

وقال ابو الحسن الكرخي رحمه الله ما ذكره قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما
ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين طلاقين بحيضة والفاصل
هنا بعض الحيضة فيكمل بالثانية ولا يتجزى فيتكامل وجه القول الآخر ان اثر الطلاق
قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه
ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له
وقع عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان
نوى ان يقع الثلاث الساعة او عند كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كان في حالة
الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رحمه الله لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة
ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله
مطلق كلامه وينتظم عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة
واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر
في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا
لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا يصح
نية الجملة فيه لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم
الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل التعميم والوقت فلا تصح نية
الثلاث **فصل** ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي و
المجنون والنائم لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان
الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع
خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف
الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته
في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه
عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه
وذلك غير مخل كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه
لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار
كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له

حتى

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس
واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة و
ستاتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان
زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان الزوج او عبدا وقال الشافعي عدد
الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه الصلاة والسلام الطلاق بالرجال والعدة
بالنساء ولانه صفة المالكية كرامة والادمية مستدعية لها ومعنى الادمية في
الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة
ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف
النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتاويل ما روى ان الايقاع
بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان
ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى **باب ايقاع الطلاق**
الطلاق ضربان صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك
فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل
في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح
فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع
بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف
الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل
لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير
مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل
بالتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها
غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك
وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق
لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير
ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد
لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق

والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك
اعطيتك جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت
طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى
ثلاثا فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه ذكر النعت واحدة
يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه فانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه
باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار
بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طالق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج الى النية
ويكون رجعيا لما بينا وتصح نية الثلاث لانه صريح يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس
فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين
فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول
نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المراة امة تصح نية الثنتين باعتبار
معنى الجنسية واما الثنتان في حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد لان معنى التوحد
مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت
طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق
لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان
اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع
الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المراة
او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او روحك طالق او بدنك او جسدك او راسك
او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا
غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه
الصلاة والسلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه
العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر
ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك
او ثلثك طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره وكذا يكون محلا
للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق

او رجلك

او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال الشافعي وزفر رحمهما الله يقع وكذا الخلاف
في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما
هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم
يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع
اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا
انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان
محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح
اضافة النكاح اليه فكذا يكو بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا حتى تصح
اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح
لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا
تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب
في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق
ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث
تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلاث انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان
لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في
نفسها فيصير ثلاثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى
ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث وقال زفر في الاولى
لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب
له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان
ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم
الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون
سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة
الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى
لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان

الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه
لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم
يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله
ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب
تعددها وان نوى واحدة مع ثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف
يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى
واحدة في ثنتين يقع الثلاث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي
اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ان يكون ظرفا فيلغو
ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله
ثلاث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار
للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة
وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع
الطلاق في مكان وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في
الحال في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان
وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر
ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو
قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين معنى الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر
الظرفية **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال انت طالق غدا وقع عليها
الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه
ولو نوى به اخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله
مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي
تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز
لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال
الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر
النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها

بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه
عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه
نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين
الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين اخر النهار كان التعيين القصدي اولى
بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها
بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لا صومن عمري ونظير
الاول والله لا صومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس
وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية
الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا
عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها
اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا
ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت
طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال
طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان
خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في
الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي
وقت الحياة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى تموت لان العدم
لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة فانت طالق
وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم
اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان
كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة
ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو
قال لامراته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله
متى شئت ولابي حنيفة رحمه الله انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن

ما اغناك ربك بالغنى واذا انقضيت خصاصة فيحتمل فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال
وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشيئة لانه
على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار
في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في
الحال ولو نوى الشرط يقع في اخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
انت طالق فهي طالق هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف
فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان
قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر
مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان
يجعل هذا القدر مستثنى اصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة
من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأته يوم اتزوجك
فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه
اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به
مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه
اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال
عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا
يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك باين انا منك
حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا
اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك
هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا
اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو
فيها دون الزوج الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة
الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة
لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك

فصح

فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق اليها ولو قال انت طالق واحدة
او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف وهو قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اخرا وعلى قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف اولا تطلق
واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة
او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور هاهنا قول الكل فعن محمد روايتان
له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في
اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد
الا يرى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع
بالوصف لغا ذكر الثلاث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف
معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان
الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك
فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها
ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها
او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع
بين المالكية والمملوكية اما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع
قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي
قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او
شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة
واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطيها له وان قال
لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك فاعتقها ملك الزوج
الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط
ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق
به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق
معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق

متأخر عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين فيبقى شيء
وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان
مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت
طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا
غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط
الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق
لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة
فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما
انه علق الطلاق بما علق المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة وكذا الطلاق
والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف مسئلة الاولى لانه علق التطليق
باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه بخلاف العدة لانها تؤخذ
فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال
لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه
علته فيقترنان **فصل** في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت
طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع
تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه الصلاة
والسلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة و
ان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشور منها وقيل اذا اشار
بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة
بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع
في الاولى ثنتان ديانة وفي الثلاثة واحدة لا يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم
يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله انت
طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول
انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول

لان

لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو
كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا يرى ان
البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد
المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى
الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة
وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء
الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار
اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه
لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون
البائن هو البدعة وطلاق الشيطان وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة انه
لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد
من النية وعن محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا
لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك
وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة
في الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف يكون رجعيا لان الجبل
شيء واحد فكان تشبيها في توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف
او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلاثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة
وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح
نية الثلاث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي
العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانهما يثبت
اقلهما وعند محمد انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في
العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد
يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأ البيت لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند
انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق
بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما ان التشبيه يقتضي

زيادة وصف وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء
كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم للزيادة لا
محالة وعند زفر رحمه الله ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا
فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل
عظم راس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة
او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما يصعب تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه
يقال لهذا الامر طول او عرض وعن ابي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق
به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع
بها بائن **فصل** في الطلاق قبل الدخول واذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول بها
وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن
قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة واحدة فان فرق الطلاق بانت بالاولى
ولم تقع الثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على
حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادف
الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا
انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا
لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات
المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وهذه تجانس
ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة
وقعت واحدة ولو قال قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان والاصل فيه
انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة
للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة
للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال
لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة
صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة
للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع

ثنتان

ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي
وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان فيقعان
وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى
فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو قال انت
طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف
في قوله معها واحدة انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لا محالة
وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو
قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقع ثنتان وان قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان
دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة
كما اذا نص على الثلاث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب و
على اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه
اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير
صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط
فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي وذكر الفقيه
ابو الليث رحمه الله يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح **واما**
الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير
موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره ولا بد من التعيين او دلالته قال وهي على
ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي فلا يقع بها الا واحدة وهو قوله
اعتدي استبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح
وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا
والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح
بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة
فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه
جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده

او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا
يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع
بها الا واحدة فاذا كان مضمرا كان اولى وفي قوله انت واحدة ان صار المصدر مذكورا
لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث فلا معتبر باعراب الواحدة عند
عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية
الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة باينة وان نوى الثلاث كان ثلاثا وان
نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت باين وبتة وبتلة حرام وحبلك
على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك
وامرك بيدك وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي
وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان
يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين
الله تعالى الا ان ينويه قال رحمه الله سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا
والجملة في ذلك ان الاحوال ثلاثة اقسام حالة مطلقة وهي حالة الرضى وحالة
مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكناية ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا وردا
وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتما ففي حالة الرضا لا يكون
شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق
لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية باين بتة
حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سوال
الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي
تخمري وما يجري هذا المجرى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة
الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا
يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها
لان الغضب يدل على ارادته الطلاق وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك لي عليك
ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب
لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا

وقال

وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن
الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة
كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية
ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها
كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست
كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة
دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح
نية الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت
الادنى ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل
وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين
في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه لانه يامر امراته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق
فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى
صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة ولا يصدق
في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر
يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع
الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حالة مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق
الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره و
القول قول الامين مع اليمين **باب تفويض الطلاق** واذا قال الرجل لامراته
اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها
ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر من
يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل
منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة
واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل اخر اذ
مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام
لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض

ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في
تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس
ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا
يملك التفويض الى غيره الا انا استحسنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل
من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم
الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها به وذلك في البائن ولا يكون
ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة
تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت
قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان
المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري اختيارة
فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها
نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال لها
اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر
وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي
فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال
طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها
فانها قالت لا بل اختار الله تعالى ورسوله واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها
ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة و
اداء الشاهد بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس
حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة
وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت
الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج
الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه
اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه
ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله

ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب
والافراد من ضرورته فاذا لغى في حق الاصل لغى في حق البناء ولو قالت اخترت
اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لان الهاء للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيار
للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلاث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي
او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة تملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق
بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد انقضاء العدة وان قال لها امرك
بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة
لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة **فصل** في الامر باليد
وان قال امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان
الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة
فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث ولو قالت قد طلقت
نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر
محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان
التفويض في البائن ضرورة انه ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة
المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك
لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه
لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم
يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد
لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسه لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة
الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرد الآخر وقال زفر رحمه الله هما
امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت
والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدا ولو قال امرك بيدك
اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في
الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما
لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك

بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها
غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع ووجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها
اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين
لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك
غدا انهما امران لما انه ذكر كل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم
فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد
فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء
وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل
اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف براي نفسه وهي بهذه الصفة
والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم انه كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت
لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما
وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض
لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل
اخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام
يفرق الراي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ في عمل اخر لان المجلس قد يطول
وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير
به وقوله ما لم تاخذ في عمل اخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو
كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للراي وكذا
اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة
فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رحمه الله وهذا رواية الجامع الصغير
وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون
بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان
عن ابي يوسف رحمه الله ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها
لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض
وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها

لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف
الى راكبها الا يرى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشية

ومن
قال لامراته طلقي ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان
طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه
افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس
فلهذا تعمل فيه نية الثلاث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية
لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا
كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي
طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا يرى انه
لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت
موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو
الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة باينة وينبغي ان
يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى انه
لو قال لامراته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت
نفسي فقال الزوج قد اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل
جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع بقولها
ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها
طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق
بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا
قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ولو قال
لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى
عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امراتي
فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا
يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامراته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا
لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج

ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية لعدمه لانه يتصرف
عن مشيته فصار كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه
بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف
البيع لانه لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة
لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك
واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع واحدة لانها
اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت
بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة
لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة
على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى
لانها ملكت الثلاث اما ههنا لم تملك الثلاث وما اتت بما فوض اليها فلغي وان امرها
بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج
فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي
واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف
ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت
نفسي واحدة رجعية فتقع واحدة بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج
لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف
فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا ولو قال لها طلقي
نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث
وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك
واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان مشية الثلاث
ليست بمشية للواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة لان مشية الثلاث مشية
للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان
شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق
طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا

يعنيها

يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه
ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير
المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ
عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت
ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الماتي به مشية معلقة
فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت
لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او
متى ما شئت ومتى شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى
ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال اي وقت شئت فلا يقتصر
على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم
يكن تمليكا قبل المشية حتى ترتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان
دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما
كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله ان كان تستعمل
للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل
ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى
تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى
الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج اخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك
مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد
لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت
او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث
واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية
فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان
فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة
تملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلاثا و
قال الزوج ذلك نويت فهو كما نوى لانه عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها

وبين ارادته اما اذا ارادت ثلاثا والزوج واحدة باينة او على القلب تقع واحدة
رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر
مشيتها فيما قالوا اجراء على موجب التخيير قال رحمه الله في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا يقع مالم توقع المراة فتشاء رجعية او باينة او ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق
لهما انه فوض التطليق اليها على اى صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق
بمشيتها فتكون لها المشية في جميع الاحوال اعنى قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله
ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في صفة يستدعى وجود اصله
ووجود الطلاق بوقوعه وان قال لها انت طالق كم شيت او ما شيت طلقت نفسها ما
شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اى عدد شاءت فان قامت من المجلس
بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضى الجواب
في الحال وان قال طلقى نفسك من ثلاث ما شيت فلها ان تطلق نفسها واحدة و
ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت لان كلمة
ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل
من طعامى ما شيت او طلق من نسائى من شيت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة
من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض
لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية حتى لو قال من شيت كان
على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب
النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك فانت طالق او كل امراة اتزوجها
فهى طالق وقال الشافعي رحمه الله لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح
ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال
لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قايم
بالمتصرف والحديث محمول على نفى التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري
وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت
الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاؤه الى
وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف

مالها

مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق
معنى اليمين وهو القوة والظهور باخذ هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة
الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق
ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه
ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتما لان
الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على
الحنث ثم كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها
وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية
تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشروط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها مثل
قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال ففى هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت و
انتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم
الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضى تعميم الافعال قال الله تعالى
كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها
بعد ذلك اى بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شئ لانه باستيفاء الطلقات
الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف
زفر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال
كلما تزوجت امراة فهى طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لان انعقا
دها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال
الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقى والجزاء باق لبقاء محله فبقى
اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط
والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك
انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود
الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المراة البينة لانه متمسك بالاصل وهو
عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمراة تدعيه فان كان
الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان

حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق
استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان
انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة
والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو
قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه
او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت ولم يعتق
العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد
تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة
ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال اذا حضت فانت طالق
فرات الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا
فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم
فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق
حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث
الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت
حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به
بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم
بركنه وشرطه ومن قال لامراته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية
فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة
وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة
وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت
الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء اخر به
لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا تقع
الثانية بالشك والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين
لما بينا وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت و
انقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة

الاولى

الاولى وقال زفر لا يقع وهذا على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق
وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع
ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة
الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة
الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود
لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما
بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن استصحاب قيام الملك اذ بقاؤه بمحله
هو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت
زوجا اخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر رحمه الله واصله
ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر
لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لها ان دخلت الدار
فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث تطليقات لاطلاق اللفظ
وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان
الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع والحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات
بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء
محله ولو قال لامراته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت فان لبث
ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك
فانت حرة وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام
عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام
للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب
لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء
لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف
خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع

فصل في الاستثناء

وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام
من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله متصلاً به لا حنث عليه ولأنه أتى بصورة
الشرط فيكون تعليقاً من هذا الوجه وأنه إعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هاهنا
فيكون إعداماً من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط ولو
سكت يثبت حكم الكلام الأول فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول
قال وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً
والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يتصل به الاستثناء
وإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين وإن قال إلا ثنتين طلقت واحدة
والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه أنه تكلم بالمستثنى
منه إذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح
استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من
الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به وصارفاً اللفظ إليه وإنما يصح إذا كان موصولاً
به كما ذكرنا من قبل إذا ثبت هذا ففي الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي
الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال إلا ثلاثاً تقع الثلاث لأنه استثناء الكل من الكل
فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً
بائناً فمات وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال
الشافعي لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا
لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله
فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى انقضاء زمان العدة دفعاً للضرر عنها وقد أمكن
لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف
ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان والزوجية في هذه الحالة ليس بسبب لإرثه عنها
فيبطل في حقه خصوصاً إذا رضي به وإن طلقها ثلاثاً بأمرها أو قال لها اختاري
فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال
حقها والتأخير لحقها وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثته لأن الطلاق
الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وإن قال لها في مرضه

كنت

كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها
بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد
رحمهما الله يجوز إقراره ووصيته وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين
أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعاً إلا على قول زفر
بأن لها جميع ما أوصى وما أقر لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار
والوصية وجه قولهما في المسألة الأولى وهو أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء
العدة صارت أجنبية عنه فانعدمت التهمة ألا يرى أنه تقبل شهادته لها ويجوز
وضع الزكاة فيها وتزوج أختها بخلاف المسألة الثانية لأن العدة باقية وهي
سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا
عدة في المسألة الأولى ولأبي حنيفة رحمه الله في المسألتين أن التهمة قائمة لأن
المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان
قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة
على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه و
لا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الأحكام
قال ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثاً لم ترثه وإن كان قد
بارز رجلاً أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل
وأصله ما بينا أن امرأة الفار ترث استحساناً وإنما يثبت حكم الفرار لتعلق
حقها بماله وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً كما إذا كان صاحب الفراش
وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء وقد يثبت بما هو في معنى
المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت منه حكم
الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع
بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب
منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله إذا مات
في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بينما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر
كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء

راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت
طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت
الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او
بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المراة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان
التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان
قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها
الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله
وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط
ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا
عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث
وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او
كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما
بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق
الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها
فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث
لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام و صلاة الظهر وكلام
الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك
في الدنيا او في العقبى ولا رضا مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان
كان الفعل مما لها بد منه فلا اشكال انه لا ميراث وان كان مما لا بد منه فكذلك الجواب
عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل
اليه كانها الة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث
وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا
نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين

انه

انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله تعالى
ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن
زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد
لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية والمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان
المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها
تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت
الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امراته وهو صحيح ولاعن
في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم
جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجاة في الخصومة لدفع
عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه فان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو
مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق
الطلاق بمضي اربعة اشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت
وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه
لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا
انها ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

اذا طلق الرجل
امراته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او
لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة
لان الرجعة استدامة الملك الا يرى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق
الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك
او راجعت امراتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطاها
او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي
لا تصح المراجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح
حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى
والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل
يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر

بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر
الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة
لطلقها فتطول العدة عليها قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين
وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح وهو قول مالك
لقوله تع واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص
عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة
البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر
فيها وما تلاه محمول عليه الا يرى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب
ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة
وصدقته فهي رجعية وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال
فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال
الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند
ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان
تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد
انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء
لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء
واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة
بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو
خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى
على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما
القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك
المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق

انقضت

في الرجعة مقر لقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد
عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة
به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان
لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها
وقت صلاة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت عن الحيض
فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد
ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات
بمضي وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة
فاكتفي بالانقطاع وينقطع استحسانا وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا
قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما
يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه غير ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة
ضرورية ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلاة
لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل
ينقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة
واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه
لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال رحمه الله وهذا استحسان
والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى المراجعة لانها غسلت الاكثر والقياس
فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وجه الاستحسان
وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول
الماء اليه فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحل التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف
العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن
ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو
قول محمد هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من
الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة
لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد

للفراش وذلك دليل الوطئ منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا واذا ثبت
الوطئ تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع
الا يرى انه يثبت بهذا الوطئ الاحصان فلان تثبت الرجعة اولى وتاويل مسئلة
الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور
الرجعة فان خلا بها واغلق بابا وارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لا يملك الرجعة
لان تاكيد الملك بالوطئ وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فلم يصر
مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل
الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من
سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء
العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده
لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبله فيحرم الوطئ
والمسلم لا يفعل الحرام فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر
فهي رجعة معناه من بطن اخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من
سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت
العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء عدتها
فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت منه ثلثة اولاد في بطون
مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق فصارت
معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة و
يقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت
العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة
الثالثة ووجبت العدة بالاقراء لانها حامل من ذوات الحيض حين وقع
الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح
قايم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب
لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعله معناه اذا لم يكن
من قصده المراجعة لانه ربما تكون متجردة فيقع نظره على موضع يصير به مراجعا

ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال
زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن
من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى
انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده و
لهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها
فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب
على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية
زايلة بوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قايمة حتى يملك مراجعتها من غير
رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم
وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل
ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

باب ما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها
لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع
الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا
في الحرة واثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة
والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف
ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح و
شرط الدخول ثبت باشارة النص وهو حمل النكاح على الوطئ حملا للكلام على
الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على
النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام لا تحل للاول حتى تذوق
عسيلة الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رحمه الله
وقوله غير معتبر حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه
كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زايد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول
في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بينا
وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراة وجب عليها

نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت
عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا
تحل له حتى تنكح زوجا غيره صح صح

الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تحرك الآلة ويشتهي و
انما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى
الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال ووطء المولى امته
لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج اذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله
عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعد
ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول
لفساده وعن محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل
ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او
تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت
بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث لانه
غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه الصلاة والسلام
لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلاثا فقالت
انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي
والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يطأها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه
معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيها مقبول وهو غير مستنكر
اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء
الله تعالى

باب الايلاء اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة
اشهر فهو مول لقوله تعالى يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها
في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث و
سقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر
بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لانه مانع
حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها
بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن

عثمان وعلي والعبادلة الثلاث وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم وكفى بهم قدوة
ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة وان كان حلف
على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد
فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق
قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء
فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج
ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها
ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها
بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة
التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها
كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول
ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها
في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين
وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كالجمع بلفظ
الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا
لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى بشهرين وبعد
الثانية اربعة الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك
سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف الاستثناء الى اخرها
اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة
اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة
لان الصرف الى الاخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين و
لو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء
ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه
القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او صوم او
صدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء

وهذه الاجنبية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها
عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شئ و
هما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها
طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع فان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا
وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء
من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلا سقط الايلا
لفوات المحلية فان قال لاجنبية والله لا اقربك وانت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن
موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا
بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة
شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان
كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقا او صغيرة لا تجامع
او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلا ففيئه ان يقول بلسانه
فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلا وقال الشافعي لا فئ الا بالجماع واليه ذهب
الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها
بالوعد باللسان فاذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة
بطل ذلك الفئ وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف
واذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال
لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضا لانه يمين ظاهرا وان قال
اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات
وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله و
قال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه
اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت
التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو
اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظ
التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان

وخافا

وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله
تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة و
لزمها المال لقوله عليه الصلاة والسلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق
حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية باين الا ان ذكر المال اغنى عن النية ها
هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز
من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج الى ان قال
فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال
وان كان النشوز منها كره له ان ياخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير
طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله عليه الصلاة والسلام
في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو
اخذ الزيادة جاز في القضا وكذا اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا
شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي
وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق
تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمراة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك
النكاح فيما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق باينا
لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الاخر
وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان تخالع المسلم
على خمر او خنزير او ميتة فلا شئ للزوج والفرقة باينة وان بطل العوض في الطلاق
كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه
لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح
وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شئ عليها لانها ما سمت مالا متقوما
حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره
لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا
فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان
ملك المولى فيه متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول

متقوم والعقد فيه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه واما
الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال وما جاز ان يكون مهرا
جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا
لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا
شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال فان قالت له خالعني على ما في يدي من مال
فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها سمت مالا لم يكن الزوج راضيا
بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى ايجاب قيمة
البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على
الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من الدراهم او من دراهم
ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة و
كلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه فان اختلعت
على عبد لها ابق على انها برية عن ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت
وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط
البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى
هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف
لانها لما طلبت الثلاث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف
الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق باين لوجوب المال
ولو قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
ويملك الرجعة وقالا هي واحدة باينة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات
حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط
قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامراته انت طالق
على ان تدخل الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه
يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء
لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتديا فوقع الطلاق ويملك الرجعة
ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة

لم يقع

لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها
طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال
انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف
ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله
على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبولها والمعلق
بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامراته انت طالق
وعليك الف درهم فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد
وطلقت المراة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل
واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا
الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم
بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها
الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع
والاجارة لانهما لا يوجدان بدونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار
او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو
جائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلاث بطل وان لم ترد طلقت و
لزمها الالف وهذا قول ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق
واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد
والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها
شرط ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها
ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى
لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد
في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامراته طلقتك امس على الف
درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك
هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري
ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا

بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول فلا قرار به يكون اقرارا بما لا يتم
الا به فانكاره القبول رجوع منه قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق
لكل واحد من الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد
رحمه الله لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة في
المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره ولابي يوسف
ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق
النكاح لدلالة الغرض اما الخلع مقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا
ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه
خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه و
حقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع
في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند
الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع
المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع
في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط
فان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل
الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية
الاب وان شرط الالف عليها يتوقف على قبولها ان كانت من اهل القبول
فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة
وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف
على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين
وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه
خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت
قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان
لا شيء عليها لانه يراد عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته
انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر
عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة
من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل
حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا
من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم
الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم
لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام
فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود
حتى يكفر لقوله عليه الصلاة والسلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر
الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء اخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون
الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من
الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان
الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر
اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته
او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال راسك
علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن
جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت
علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو
كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار لانه
تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال
اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي
حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها
لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء
ليكون الثابت ادنى الحرمتين وعند محمد هو ظهار لان كاف التشبيه يختص به
ولو قال انت علي حرام ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين

الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم يكن له نية
فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما وان قال انت علي حرام
كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما
نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون
ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح
في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة
لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا
يلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج
امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في
التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه
حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال
لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار
كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة
والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه
لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم **فصل** في الكفارة قال وكفارة الظهار
عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين
مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال كل ذلك قبل
المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة
فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال ويجزي في العتق
الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على
هؤلاء اذ هو عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رحمه الله يخالفنا
في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله تعالى كالزكاة ونحن
نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من
الطاعة ثم مخالفته معصية تحال الى سوء اختياره ولا تجزي العمياء ولا مقطوع
اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو

المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى
اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف
ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات منفعة جنس المشي
اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر
لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه
اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس
لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما تفوت
جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا
بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي
عتق ام الولد والمدبر لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا
المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل كتابته الانفساخ بخلاف امومية الولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا
للشافعي رحمه الله له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم
من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من
جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم الاكساب
له والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري لا يظهر في
حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال
الشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تاتيك في كتاب الايمان
ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر فضمن قيمة باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لانه تملك نصيب صاحبه بالضمان
فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق
معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك اعتاقا بعوض ولابي حنيفة
ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة

فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين
والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق لجهة الكفارة ومثله غير مانع
كمن اضجع شاة لاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان
تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله اما عندهما الاعتاق لا
يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق
نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي
حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس
بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل
فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين
متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق
اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال
ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل
فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف
الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستانف لانه لا يمنع
التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا
ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم
ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به
فيستانف وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو
قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم
يكن من اهل التكفير بالمال فان اعتق المولى او اطعم لم يجزه لانه ليس من اهل
الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا
لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم لكل مسكين نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام في
حديث اوس ابن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان
المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك

مذهبنا

مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير
جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه
ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رحمه الله
لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع
للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو
حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكاة
الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم
صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه
الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا
ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود
سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع
الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم
واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد
في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان
قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام
قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم
فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا
اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لا يجزيه الا عن واحد
منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمودى وفاء بهما والمصروف اليه محل
لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس
الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمودى يصلح كفارة واحدة
لان نصف الصاع ادنى المقادير يمنع النقصان دون الزيادة فيقع
عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية

في حكم مسكين اخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي
عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة و
عشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما
رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن
ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما في الفصلين
وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها
باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار
نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر
من يده ولنا ان نية التعيين في جنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف
مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول
اذا صام يومين في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني
اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التمييز

باب اللعان

قال اذا
قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او
نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان
عندنا شهادات موكدات بالايمان مقرونة باللعن قامت مقام حد القذف
في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
والاستثناء انما يكون من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة الموكدة باليمين ثم قرن
الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قايم مقام حد القذف وفي جانبها
بالغضب وهو قايم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من
اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها
لانه قايم في حقه مقام حد القذف ولا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه
لما نفى نسب ولدها صار قاذفا لها ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره
بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل
في النسب هو الصحيح والفاسد ملحق به لنفيه عن الفراش الصحيح حذف

حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كساير الحقوق
فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد لانه مستحق
عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه
ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدئ
بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه
لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه وان كان الزوج
عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان
لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل الشهادة
وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية
او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم
الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا
صدقته والاصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام اربعة لا لعان بينهم وبين
ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك
ولو كانا محدودين في القذف فعليه الحد لامتناع اللعان لمعنى من جهته اذ
هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد
اربع شهادات فيقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها
به ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به
من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المراة اربع شهادات تقول في كل مرة
اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وفي الخامسة غضب الله
عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا من
النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه ياتي بلفظ المواجهة يقول
فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة
المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال واذا التعنا لا تقع
الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة

بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان
فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم لذلك المتلاعن
عند النبي صلى الله عليه وسلم كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان و
تكون الفرقة تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب
اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم موبد
لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب
رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن
ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه
وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك
به من نفي الولد وكذا في جانب المراة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين
ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نفى ولد امراة هلال
بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده
ويتضمنه القضا بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته
من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فاذا عاد الزوج اكذب نفسه حده القاضي
لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا
للعان فارتفع الحكم المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا
اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امراته وهي صغيرة او
مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه
مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس
لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى
وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك
مني فلا لعان بينهما وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه لا يتيقن بقيام الحمل
فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف
قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان بك حمل فليس مني

والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود
القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه
الصلاة والسلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه
الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق
الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية وتبتاع
آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة
طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانها اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان
للتامل واحوال الناس فيه مختلف فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنية او سكوته
عند التهنية وابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان
غايبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال فاذا ولدت
ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توامان خلقا
من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى
الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة
سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي هذا يتلاعن فكذا
هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها
والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم
ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة
اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة
فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف
ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من
طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة باينة لان فعل القاضي اضيف الى
الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لان النكاح لا يقبل الفسخ عندنا
وانما تقع باينة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن باينة
يعود تعليقه بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة

وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج
والمراة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق
حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل
سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان
قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا
فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين
لان وطيه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها فانكرت نظر اليها
النسا فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن
هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت
ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها
بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية هو
الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب
بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج
وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن
لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام
فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفا اصلا بالموت لا يوجب
الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفا من الثمرات والمستحق
التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها
كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما
ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة
لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة فافترقا

باب العدة

فاذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما
بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات
يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى

الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا
يتحقق فيها والاقرا الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ
هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمها جملة للاشتراك والحمل على الحيض
اولى عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا
ولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود ولقوله عليه الصلاة والسلام وعدة الامة
حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر
لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر
الاية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها
لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها
حيضتان لقوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر
رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها
شهر ونصف لانه متجزي فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة
اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر
وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا
فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن وقال ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النسا القصرى
نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره
لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها
ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ثلاث
حيض ومعناه اذا كان الطلاق باينا او ثلاثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة
الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث
حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث
لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي
في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته

حتى ورثته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح
ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت
الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من
كل وجه ولو اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح
بالبينونة والموت وان كانت ايسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض
ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض ومعناه اذا رات الدم
على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا
لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في
حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع
بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض
في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو
المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال
الشافعي حيضة واحدة لانها تجب لزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا
انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال
عدة ام الولد ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في
النكاح واذا مات الصغير عن امراته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عدتها اربعة اشهر و
عشرة ايام وهذا قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث
بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت او طالت لا للتعرف عن
فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا
المعنى يتحقق في حق الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة
بالشهور فلا يتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا
ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم
عند الموت حكما قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه

العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض
لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا
ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان
ويكون ما تراه المراة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت الاولى ولم تكمل
الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يتداخلان
لان المقصود هو العبادة فانه عبادة كف عن التزوج والخروج فلا يتداخلان كالصومين
في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان
ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن
وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب ما تراه من الحيض فيها تحقيقا
للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق او الوفاة حتى مضت مدة
العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق والوفاة فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق
ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد
عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر من اخر الوطئات لان الوطء
هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة
الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل
المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة
اقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره و
اذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها
امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امراته طلاقا
بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها
تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف
العدة واكمال العدة الاولى انما وجبت بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حالة التزوج
الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها فيجب عليها

ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة من الخروج
والبروز والتزين وحيضة من العتق لان تجتنب فيها لانه لما اشتراها
فسد النكاح ووجبت العدة ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطية الاولى
وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك عن القبض
المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا
بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان
الاولى قد سقطت بالتزوج فلا يعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا قال و
اذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان
تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها
وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم
وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة
واما المهاجرة فوجه قولها ان الفرقة لو وقعت بسبب اخر وجبت العدة فكذا بسبب
التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح
عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني ادم والحربي ملحق
بالجماد حتى كان محلا للتمليك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب
وعن ابي حنيفة رحمه الله يجوز نكاحها ولا يطاها كالحبلى من الزنا والاول اصح فصل
قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى
عنها زوجها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر
ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما
المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف
على فوت زوج وفا بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته
ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحنا
طيب ولانه يجب اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي سبب لصونها
وكفاية مونها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا
قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب

والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا
من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه
الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة الى
الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن
لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر
لان فيه ضرورة والمراد الدوا لا الزينة ولو اعتادت الدهن وخافت وجعا فان
كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت
اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحنا لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر
ولا زعفران لانه تفوح منه رايحة الطيب قال ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة
بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد
لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج
لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا
في عدة الفاسد احداد لانه ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاباحة اصل
ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا
الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه الصلاة والسلام السر النكاح وقال ابن
عباس رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن
جبير رضي الله عنه في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز
للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها
تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت من غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة
الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة
لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك
المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها
قيل تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق الشرع عليها

وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت
لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو
زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه
الصلاة والسلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان
نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا
انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او
خافت سقوط المنزل او كانت فيه باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق
باين او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون
فاسقا يخاف عليها فتخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج
هو ويتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليها
المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها
ثلاثا او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى
مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلاثة ايام ان شاءت
رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة
ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى
ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها
لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد
لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما
الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم
فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها
الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت
فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه
المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح
فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح

والتصور ثابت بان تزوجها وهو مخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط
في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب جعل واطئا حكما فتاكد المهر ويثبت نسب ولد
المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق
في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من
زوجها بانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير
مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان
جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه
لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت
به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال
الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من
وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام
قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت
المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل
من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب
منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت
الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع
بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان
كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت النسب الى سبعة
وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في اخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر
مدة الحمل وهي سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها
وفي الكبيرة سواء لانه باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها
زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر اذا جاءت بعد انقضاء عدة
الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين
الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها
جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل

قبل البلوغ وفيه شك وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل
من ستة اشهر ثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل وان جاءت به لستة اشهر
لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول
كل معتدة وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشهد
بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل
الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع
بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة
الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة
تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب
ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب
ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة من وفاة فصدقها
الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق
الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في
حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط
لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم
باقرارهم وما ثبت تبعا لا تراعى فيه الشرائط وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بالولد
لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح
فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج
او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة
واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه تلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم و
اللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت
ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر
فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح و
لم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت
امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق لان شهادتها حجة في

ذلك قال عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله
انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في حق
الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج اقر بالحبل طلقت
من غير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من
حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار
بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة
قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر
من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا ثم قال وفصاله عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر
باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا
يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من
ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه ولد المعتدة في الوجه الاول لان
العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب
وقته فلا بد من دعواه وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا
اما اذا كان اثنين يثبت الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة
فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته ان كان
في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي ام ولده لان الحاجة
الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو
ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر
جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب
كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالفاسد والوطء بشبهة وبملك اليمين فلم يكن
قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية
وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم
يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولده فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار

الدارجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث **باب** الولد من احق به واذا وقعت
الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان
ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق به
واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه
ريقها خير من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته
والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه
لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم يكن له ام فام الام وان بعدت لان هذه
الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم يكن فام الاب اولى من الاخوات لانها
من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للاولاد فان لم يكن
له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا اقدمن
في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه الصلاة والسلام الخالة
والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت
لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن
من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وتنزلن كما تنزلت
الاخوات معناه ترجح ذات قرابتين ثم ذات قرابة الام ثم العمات تنزلن كذلك
وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا
يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه
قائم مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة
نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية
لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم
اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب فقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة
لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة
احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي
الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى

واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى
التادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف
والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق
بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء والمراة
على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى
واهدى وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة
الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي
الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤجرها
للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال
والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما
حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة
بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان
او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام
والجارية وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير ولنا
انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق
النظر وقد صح ان الصحابة رضوان الله عليهم لم يخيروا واما الحديث قلنا قد
قال صلى الله عليه وسلم اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه صلى الله عليه وسلم
او يحمل على ما اذا كانت بالغا **فصل** واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها
من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد
كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام
من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى
مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك و
هذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد
في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق
امساك الاولاد ووجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا

وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله
اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده و
يبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية الى المصر
فلا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه
ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله
فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من
سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه الصلاة
والسلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان
النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته
عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلايل لا فصل فيها فتستوي
فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال وهذا اختيار الخصاف وعليه
الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين
فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات
وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله
لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول قوله عليه الصلاة والسلام
لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر
حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى الكفاية
الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه
والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا معنى
للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسع مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط
مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم
نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى
من قبله فيجعل كلا فايت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت
الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا

امتنعت

امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قايم والزوج يقدر على الوطء
كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع بمعنى
فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد
بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده
كما في المملوك بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن
معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء
وهي كبيرة فلها النفقة في ماله لان التسليم تحقق منها وانما العجز من قبله فصار
كالمجبوب والعنين واذا حبست المراة بدين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس
منها بالمماطلة وان لم تكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها
رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان
فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت
الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر
لكن يجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر
معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قايم لقيامه عليها وتجب
نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكرا لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج
فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات
الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قايم فانه يستانس بها
ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رحمه الله
انها اذا سلمت ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب
لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه وتفرض
على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة
الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها
ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد منه ولا تفرض لاكثر
من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تفرض
لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج

ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه
كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر تلزمه نفقة
الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان
موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي
حنيفة رحمهما الله وهو الاصح خلافا لمحمد لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد
تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني
عليه وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه
في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل
وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي
فيستوفي في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد
وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت
الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة
الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف باختلاف اليسار
والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها
واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي
فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان
النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا
بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان
ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج
بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة
لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا
قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه
قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات الزوج لم يسترجع منها
شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة
ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها

استعجلت

استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت
فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد
اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة و
لهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالاجماع وعن محمد انها
اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في
حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا
تزوج باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في
حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان
حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في
الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه
النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس
والتبوئة ان يخلي بينه وبينها في منزله ولا يستخدمها وان استخدمها بعد
التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على
ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط
النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة

فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان
تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى
مقرونا بالنفقة واذا اوجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر
فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع الزوج ومن الاستمتاع
الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها ليس له
ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان
المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها
لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها
وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل
لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث

وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها
في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل
وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي من ذلك المال نفقة زوجة
الغايب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما
اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج
حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هاهنا فانه لو انكر
احد الامرين لا تقبل بينة المراة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه
ولا المراة خصم في اثبات حقوق الغايب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغايب وكذا اذا
كان المال ~~من جنس حقها~~ في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال
من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف
جنسه لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما عند
ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغايب واما عندهما ان كان يقضي
على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغايب لانه لا يعرف امتناعه قال وياخذ
منها كفيلا بها نظرا للغايب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت
عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم
له وارثا اخر حيث لا يوخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول
وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله تعالى ما اعطاها النفقة نظرا للغايب قال
ولا يقضي بنفقة في مال غايب الا لهولاء ووجه الفرق وهو ان نفقة هولاء واجبة
قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما
غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز
ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا
فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويامرها بالاستدانة لا يقضي
القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغايب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر
فيه على الغايب فانه لو حضر وصدقها اخذت حقها فان جحد يحلف فان نكل فقد
صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المراة وعمل القضاة

اليوم

اليوم هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة
اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها **فصل** واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة
والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت
حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن
فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي فلم يفرض لي رسول الله صلى الله
عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا يجب للمتوفى عنها زوجها
لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن الاية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس
قايم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة وجبت لصيانة الولد فتجب
النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة
رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لا ندري صدقت
ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد
وجابر وعايشة رضي الله عنهم اجمعين ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها
ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف
عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا يجب نفقتها عليه ولان
النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل
فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها
لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر
بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي بخلاف ما اذا جاءت الفرقة من
قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها
حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر
وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها
من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق
الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة

والمكنة لا تجبر فلهذا يقع الفرق **فصل** ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه
فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية والمولود
له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية
على الاب واجر الرضاع كالنفقة ولانها عسى لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه
وقيل في تاويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا
الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا لا يوجد تجبر على الارضاع
صيانة للصبي عن الضياع قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب
فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي
زوجته او معتدة لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع يستحق عليها ديانة قال الله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه
بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا
في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة كذا في المبسوط في رواية وفي رواية اخرى جاز
استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها
وهي منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان
انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية و
صارت كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر
الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظر للصبي في الدفع
اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله
تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية
ونفقة الصغيرة واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج
وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما
الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت وقد صح
العقد بين المسلم والكافرة فترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما
ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فالاصل ان
نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا **فصل** وعلى الرجل ان ينفق على

ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى
وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان
يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الجدات والاجداد فلانهم من الاباء
والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه
فاستوجبوا عليه الاحيا بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب
نفقته في ماله اولى من ايجابه في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا
تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد
وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود
وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه
فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب
نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين
ولا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا يجب على المسلم نفقة اخيه النصراني
لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة
والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام
الملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي
الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما
تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان
اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية
وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او
امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة
واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم
لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز
فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب
والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب

ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار
ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال ويجب نفقة الابنة البالغة و
الابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما
على هذا التقدير قال رحمه الله هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر
الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير و
وجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه
صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير
الولد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الجد والام اثلاثا ونفقة الاعمى على
الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث
لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه
ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتبار
ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف يستحق عليه بخلاف
الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لا تنتظم دونها
ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد
انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه
الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير و
الفتوى على الاول لكن النصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي
فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة
وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس
لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له
سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ
في مال الغائب الا يرى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول
من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من
الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر و
اذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع

العقار

العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه بنفقته لانه من
جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا
حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له
مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية
لانه نايب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته فاذا
ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا فيه واذا قضى
القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة
هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف
نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول
الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية
عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة

فصل

وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه الصلاة والسلام في المماليك انهم اخوانكم
جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد
الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين ليبقى المملوك
حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يوجر
مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما
وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على
ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فيكون ابطالا وبخلاف ساير الحيوانات
لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين
الله تعالى لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة
المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام ايما مسلم اعتق مؤمنا
اعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد
والمراة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر العاقل
البالغ في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ

لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان
المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله
وكذا اذا قال المعتوه اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى
حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لانه ليس باهل
لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله
عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم واذا قال لعبده او امته انت حر
او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق
او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن
النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة
كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل وانه حر من العمل
صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر
يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور
هذا هو حقيقته فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته
تصديقا له وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان
مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية وقال يا ازاد
وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا
عن الوصف وكذا لو قال راسك حر او وجهك حر او بدنك حر او رقبتك او قال
لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق
وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسياتيك الاختلاف ان شاء الله تعالى
وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا
للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى
به الحرية عتق وان لم ينو لا يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك ~~ونوى~~
~~الحرية عتق وان لم ينو لا يعتق لانه~~ لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين
احدهما مرادا الا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من
ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل

والخروج

والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية
وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله قد خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف
بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك
ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام
يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه
مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا
ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد
مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان
ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق
لانه يستند الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر
ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من
بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى
وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة
الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه
عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته
والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح
وكذا لو قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني
فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان
قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به
الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف
ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي
لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من
جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في
قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام

المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته
لانه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي
حنيفة رحمه الله شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان
الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني ويا بنية لانه تصغير الابن والبنت من
غير اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة
وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل
ان اخلق ولابي حنيفة رحمه الله مجاز بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبر عن حريته
من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة
واطلاق السبب وارادة المسبب مجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة
في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طريق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن
الالغا بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغا وهذا بخلاف ما
اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال
والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال
مخصوص وهو الارش فانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في
سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما
الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله
لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هذا على الخلاف
وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب
وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة
لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي
فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى ليتعلق
الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق
او باين او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا
على هذا الخلاف ساير الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم له انه نوى ما يحتمله

لفظه

لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر
وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل
اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام
تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن
الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة
والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا
كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرفع المانع فتظهر
القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه
اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة ولا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المنا نع
فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشا ركة
في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثنا
من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق
لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس
يعبر به عن جميع البدن

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ
مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه
فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة موبدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي يخالفنا
في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضات المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة
وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع
التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قرابة قرابة
موثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي
يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بينما اذا
كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة فالمكاتب اذا اشترى اخاه و
من يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض
عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع
تحقيقها لمقصود العتق وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما

قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما
ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما
عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى
او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ
الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخريين وعتق المكره والسكران
واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف
العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي
وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق
بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق
لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه
احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق
حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه
الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق
الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه
في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا
ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية
عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير
المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به
لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال وولد الامة من مولاها حر لانه
مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض فيه لان ولد الامة
لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة
او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور
لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف
الحرية كما يتبعها في وصف المملوكية والمرقوقية والتدبير وامية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى

في

في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده
فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته
الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية وهما لا
يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق
حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه
لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي لها وراه ضرورة
عدم التجزي والملك متجزي كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس
مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض
توجب [illegible] ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله
مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل في الكتابة فله ان يستسعيه وله
خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه معتق البعض اذا عجز لا يرد
الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه
عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة
فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه
من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان
فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان
كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان
شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق فان اعتق
او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق
وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على
العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه
على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما
في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان

فقيرا سعى في حصة الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة ولانه احتبست مالية نصيبه عند
العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ
فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هذا الا ان
العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر هنا يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة
نصيب الاخر لا يسار الغنى لانه به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق
من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق
بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق لان المعتق
كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي
اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه من حيث
انه امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء
لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد
كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير
كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق
في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعتبار المعتق
ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق
من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك
رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف العبد المرهون اذا
اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا
يرجع عليه وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على
ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه للتضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية
لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين
ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس
المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها
في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى
العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله

وكذا

وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق
نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه
فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا
لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان
حقه في الحالين في احد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر
التضمين لانكار الشريك فتعين الاخر وهو السعاية والولاء لهما لان كل واحد
منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية
وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد
منهما يبرئ عن سعايته بدعوى الاعتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الاخر والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان
كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على
ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا يسعى للموسر منهما لانه
لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية عليه ولا يتبرأ عنه ولا يسعى
للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء
موقوف في جميع ذلك عندهما لان كلا منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى
موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل هذه
الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق
النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول
فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما
انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط
النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق
احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان ويتأتى التفريع فيه
على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على
عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا

المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم
فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه
ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الاخر انه ابن شريكه
او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء
استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته
ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا
الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما
قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان
شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه
وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة
ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان الشراء القريب اعتاق حتى يخرج
به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار
فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان
الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم
الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصف الآخر وهو
موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان
شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف
قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى
نصفه ممن يملك كله فلا ضمان لبائعه شيئا والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين
ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان
فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق
ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
العبد للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا واصل

هذا

هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من
شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير
نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر
او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه
حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق
تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر
واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ
هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه
قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك
مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل
الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه
افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته
قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت
مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق
والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا
المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب
شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد
بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت
جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر صاحبه فهي موقوفة
يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية
في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب
اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع
قبل البيع كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج
الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر
صدق لو كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن

به وهو النصف ولا ضمان للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يبرأ عن جميع ذلك بدعوى
الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم
لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل حقا للمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما
وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية
ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل
اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما
وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى
ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها ثلث
قيمتها قنا على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان
الفايت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رحمه الله ان
التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى
لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية
الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك
ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد
الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام الولد النصراني قضينا
بتكاتبها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر
ثم خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه
القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد كذلك الا في العبد الاخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب
الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة
بينهما لاستوائهما فيصيب كل منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب
الثاني ربعا اخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت
استحق نصف حرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه
فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له

ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد الداخل لا يعتق
هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل
فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه
الربع فكذا نصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما
قول في الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق
للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث
على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل
كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة و
من الاخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق
في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة
بضعف ذلك فنجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من
الثابت ثلثه ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة
اسهم فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل
كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق
بسهم فصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق
وهن غير مدخول بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه
ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة و
عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعها
في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر
بعد موتي عتق الاخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته
بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الاخر ولانه بالبيع قصد الوصول
الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق
الملتزم فتعين له الاخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق
بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد
المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به

في المحفوظ عن ابي يوسف والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا اذا لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احداهما كما قلنا وكذا الوطي احديهما
كما بينا ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطي
مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان
الملك قايم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطيها حلالا فلا يجعل
بيانا ولهذا حل وطيها على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل
البيان لتعلقه به او يقال نازل به في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطي يصادف
المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي
فدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء
الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه
غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام
ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت
الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها لان الام حرة حين ولدتها
وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فتعتق كل واحدة
ويسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام
ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين
لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية
لان دعوى الام حرية الجارية الصغيرة معتبرة لكونها تبعا محضا فاعتبر النكول
في حق حريتهما فعتقا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها
عتقت بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق
الجارية الكبيرة وصحة النكول يبتني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت
الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة ثبت عتق الجارية
بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على
فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى واذا شهد

رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله
الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق واذا شهدا انه طلق احدى نسائه
جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احداهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك ويؤمر بان يوقع العتق على احدهما
واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا يقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من
غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم
يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة
وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدمت الدعوى اما في الطلاق عدم
الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى
امتيه لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط
الدعوى لما يتضمن تحريم الفرج فيشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج
عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا
في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته
او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه واديا الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة
تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت
وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او
الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا
ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قيل لا يقبل لانه ليس بوصية
وقيل تقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت هذه الدار فكل
مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله
يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين وكان
المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه
حتى دخل عتق لما بينا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي
للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تاخر الى وجود الشرط

فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين
ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا
اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت
اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر
لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه
عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه
منفردا وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر دخلت
الحامل فيعتق تبعا لها ولو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد او قال كل مملوك املكه
حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف
لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املكه كذا وكذا ويراد به الحال وكذا
يستعمل له من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه
للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما
يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك لي او قال كل مملوك املكه حر بعد موتي
وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات
عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف
ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر
له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار
هو مدبرا دون الاخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث
وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية
بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعد موته
والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق
يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه
ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة
الموت وقبل الموت حالة التمليك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند
الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف بعد غد على

ما تقدم

ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحال محض استقبال
فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين
مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف
درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد
لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في
البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل
الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق لما بينا واطلاق لفظة المال تنتظم
انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير
المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل و
الموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف لانها يسيرة ولو علق
عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الفا درهم
فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح
في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان
شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده
التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة فان احضر المال اجبر الحاكم على
قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا
بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ
هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ
ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف
الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة
الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد
شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق
في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ دفعا للضرر
عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود

قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتها عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر
المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسايل نظيره الهبة بشرط العوض
ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق مالم يود الكل لعدم الشرط كما اذا
حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق
عتق ورجع المولى عليه لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه ماذون
من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي
قوله اذا اديت لا يقتصر لانه تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت
حر بعد موتي على الف درهم والقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت
فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف
درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب
المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسيلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم
يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح ومن اعتق عبده
على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم ان مات المولى من ساعته فعليه قيمة
نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته
اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق
بالقبول وقد وجد فيلزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اعتقه
على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من
باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى
على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البنا
انه كما تعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت
العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم
على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جايز ولا شي على الامر لان
من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شي ويقع العتق
عن المامور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على الف درهم علي ففعل حيث
تجب الالف على الامر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جايز وفي العتاق

لايجوز

لايجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسيلة بحالها
قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر
بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشرى اقتضا واذا كان كذلك فقد قابل الالف
بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو
الرقبة وبطل عنه مالم يسلم وهو البضع ولو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه
ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب
مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال الرجل لمملوكه اذا امت
فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان
هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه و
هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجوز
لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في ساير التعليقات وكما
في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب
الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده
في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن
تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف ساير التعليقات لان المانع
من السببية قايم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه
يضاد وقوع الطلاق والعتاق فامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام
الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال
السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك وللمولى ان يستخدمه ويوجره وان
كانت امة وطيها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه
التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية
لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث
حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته
لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبر مدبر

وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وان علق التدبير بموته على
صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا
فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة
بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان
مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه
ثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا
يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين لما ذكرنا
بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن
لا محالة **باب** الاستيلاد واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له
لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها اخبر عن
اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين
الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما
على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة
فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار
النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى
اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بعد موتها وثبوت عتق
مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال
ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى
فانه فرع النسب فيعتبر باصله وله وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها
لان الملك قائم فيها فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف
به وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد
فلان يثبت بالوطء ولانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء
الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين
من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة
فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه

بالولد

بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا
كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج
بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك
ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكره حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها
ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها
او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر هكذا روي عن
ابي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما في كفاية
المنتهى فان زوجها المولى من رجل فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية
يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب
يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق
بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب
من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من
جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق
امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى
الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه
وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا
ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله فلا
يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في جميع قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق
حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا
الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة
الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع
فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يدفع الذل
عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف
الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب

ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولاهما ان لم تكن
متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا
احد الاولياء يجب للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له
ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب
ومن استولد امة غيره بالنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رحمه الله
لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له
عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا
علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا
لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما
ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بنسبة الولد الواحد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب
فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني فانما
يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه
من الزنا لا يعتق لانه ينتسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا
وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه وصارت ام ولد وعليه
قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب
النكاح من هذا الكتاب بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك
ثبت شرطا للاستيلاد فلا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك
الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ ابو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا
ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت من الاب
لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية
واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما يثبت نسبه منه
لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى
كما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من ماءين و
صارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه
ام ولد له ثم يملك نصيب صاحبه اذ هو قابل الملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك

نصيب

نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة
اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فيتقدمه فصار واطيا ملك نفسه
ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء
منه على ملك شريكه وان ادعياه معا يثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على
ملكهما وقال الشافعي يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع
علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة بن زيد رضي الله عنه ولنا كتاب عمر الى شريح رضي
الله عنهما في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما ابنهما يرثهما و
يرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي
رضي الله عنه مثل ذلك فلانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب
وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما
على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد كملا كان ليس معه غيره الا اذا
كان احد الشريكين ابا للآخر او كان مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم
وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله
عليه وسلم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه وكان قول
القائف مقطعا لطعنهم فسر به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد
منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما
نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن
كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما
في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه
فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه
اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك
التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن
وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كان لصحة الاستيلاد لما
نذكره وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض

برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه لقيام الموجب وزوال المانع اذ هو

كتاب الايمان

الايمان على ثلثة اضرب يمين غموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدا وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ان يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا واليمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوا ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجا للاختلاف في تفسيره والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه الصلاة والسلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين ان شاء الله تعالى في الاكراه ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

واليمين بالله تعالى او باسم من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفات ذاته عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته فصلح ذكره حاملا او مانعا الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف

ولان

153

ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله تعالى لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه غير متعارف ومعناه ان يقول والنبي والقران اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القران وقد تضمر الحروف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض وقيل يخفض فيكون الكسر دالة على المحذوفة وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى امنتم له اي به قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهما الله وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق يكون من صفات الله تعالى وهو حقيقته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله تعالى قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله تعالى هو المعهود والمشروع وبغيره محظور فيصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله تعالى ولو قال بالفارسية سوگند مي خورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه الصلاة والسلام

من نذر لله نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او
نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع
وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك
لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى
فصار كما اذا قال هو يهودي او نصراني والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه
يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل
ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله تعالى فليس بحالف لانه دعاء على
نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا
زان او سارق او شارب خمر او اكل ربا لان حرمة هذه الاشيا تحتمل النسخ والتبديل
فلم يكن في معنى حرمة الاثم ولانه ليس بمتعارف **فصل** في الكفارة وكفارة اليمين
عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا
فما زاد وادناه ما يجوز به الصلاة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة
الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او
للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلاثة فان لم يقدر على احد الاشيا الثلاثة
صام ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود
رضي الله عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب
في بيان الكسوة مروي عن محمد وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله تعالى ان ادناه ما يستر
عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن
ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على
الحنث لم يجزيه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين
فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين
ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين
لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن
فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ثم يكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف
على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير عن يمينه ثم ليكفر يمينه ولان فيما قلنا

تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر
ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين
لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها
عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال
الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف
مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت
حرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا
حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت
يتناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي
غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه
وهذا قول زفر رحمه الله وجه الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يحصل مع اعتبار
العموم فاذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما
يتناول عادة ولا يتناول المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها
كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية
ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا
ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم
بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف
ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفا به لقوله عليه الصلاة والسلام من نذر نذرا و
سمى فعليه الوفا بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفا بنفس
النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه رجع عنه ولو قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه
اجزاه عن ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفا بما سمى ايضا
وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر
فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف شرط يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي
لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح ومن حلف على شيء وقال ان

شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوايط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل هذا الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار خربة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغايب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا لان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتدا وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا

يلبس

حلف

حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته لم يحنث وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتدا الخالص يصدق لانه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا لان السوقي في عامة نهاره في السوق ويقول اسكن في سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا اخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة فكذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الامر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى

فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح
لانه عبارة عن الزوال وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في اخر
جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك موجود ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا
على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم
يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء
دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق
الاسم على سلامة الالات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه
وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا
يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم
خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج
مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة
لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها
مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين
به كما اذا قال حتى اذن لك ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق
فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال اخر ان ضربت
فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره
ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان على العرف
ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله
فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء
المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ
ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون
لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله الا اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نوى
لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث
ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه الصلاة
والسلام من باع عبدا وله مال الحديث فيختل الاضافة الى المولى ولا بد من النية

وقال

وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله
يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عنده
باب اليمين في الاكل والشرب ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها
لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا
عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس
المطبوخ فان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكل منه لم يحنث وكذا اذا
حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار الرطب تمرا او صار اللبن شيرازا
لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان
اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي
او هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان هجران المسلم بمنع الكلام
منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما
صار كبشا يحنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع
عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه
ليس ببسر ومن حلف لا يأكل بسرا او رطبا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا
فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب
وفي البسر بالرطب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا
وصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل
بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب وكل واحد
مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير
ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء
يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل شيئا
فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا
او لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء
لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى
لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية عنه لان اللحم منشأه من الدم

ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية واما اسم پیه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لا يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان اكل من خبزها يحنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رحمه الله ان لها حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتوكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها يحنث عندهما وهو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطايف لم يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمله ولو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو اكل بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة ولو حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا

ومن حلف لا ياكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان وكان العرف في زمنه فيهما وفي زمانهما في الغنم وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رطبا او رمانا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانه من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجبت قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به الخبز فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المادمة وهو الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوهما ولهما ان الادام ما يوكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يوكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا كالخل وغيره من المائعات لا توكل وحدها بل تشرب والملح لا يوكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يوكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا اسمي الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه

ثم الغدا والعشا ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم و
يشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي
حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضا وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ
والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية الخصوص
فيه وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضا خاصة
لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين
في القضا ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها
كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شرب باناء حنث لانه المتعارف المفهوم وله
ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا
فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ما دجلة
فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار
كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا
الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ما لم يحنث وان كان فيه ما فاهريق
قبل الليل لم يحنث عندهما وقال ابو يوسف يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم و
على هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين و
بقايه التصور عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور
البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في
حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف و
لهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول
لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا
فابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة
فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد
عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان المطلق يجب البر كما فرغ
واذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء
باق اما في الوقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية

البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه فتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة
ومن حلف ليصعدن السما او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث
عقيبها وقال زفر لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة ولنا ان
الصعود الى السما ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدونها وكذا تحول
الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان مقصودا تنعقد اليمين موجبا لخلفه
ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال
اعادة الحياة بخلاف مسيلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت
الحلف ولا ما فيه لا يتصور فلا ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف
لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نايم حنث لانه قد كلمه ووصل الى
سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا لانه اذا
لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه
الا باذنه فاذن له ولم يعلم باذنه حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان
هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن
على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد
اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله
بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين
فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرا
القران في صلاته لم يحنث وان قراه في غير صلاته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل
والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه
في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه الصلاة والسلام ان صلاتنا هذه
لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة ايضا لانه
لا يسمى متكلما بل قاريا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل
والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن
يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضا لانه مستعمل فيه

ايضا وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر ولو قال ليلة اكلم فلانا
فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء
استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم
فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامراته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن
حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية و
منتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقط اليمين
خلافا لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالقدوم والاذن ولم يبق بعد الموت
متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية
تتابد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق
فلان فباع فلان عبده او بانت منه امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه
عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة الى
نسبة ولم يوجد فلم يحنث قال رحمه الله تعالى وهذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي
اضافة النسبة عند محمد يحنث في المراة والصديق قال في الزيادات لان هذه الا
ضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها
فتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكرها هنا وهو رواية الجامع الصغير
انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد
زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا
او امراة بعينها او صديقا بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة وهذا قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله
وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه
قول محمد وزفر لان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة
فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالمراة والصديق ولهما ان الداعي الى اليمين معنى
في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذاتها وكذا العبد لسقوط
منزلته بل للمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة
اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي

لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم
صاحب هذه الطيلسان فباعه ثم كلمه يحنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف
لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف
لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث في يمينه لان الحكم تعلق بالمشار اليه
اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر **فصل**
ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين
قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون
وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد
به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا
لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد غالبا لانه
بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال
الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن نية اما
اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه وكذا الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا ادري الدهر ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح
اما المعرف بالالف واللام ويراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين
والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة رحمه الله
توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف
في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فتناول
اقل الجمع وهو الثلاث وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة
وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده
وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها
وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب
عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده
ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه
اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان

اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظة الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتاق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد تقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسليط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدته تظهر في حرمانه الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة اعبد متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف

وهذا

وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه العتق وان اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد ولو اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لم تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه ولا عبد اعتق بعضه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت

الاخيرة وله الخيار في الاوليين لانه كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها
بين الاوليين ثم عطفت الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص
بمحله فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا
عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما بينا **باب اليمين في البيع والشرا والتزوج وغير**
ذلك ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد
وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه
فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الامر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك
لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه
عما يعتاده • ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل
في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الامر وحقوق العقد يرجع
الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضا خاصة وسنشير
الى المعنى في الفرق ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث
في يمينه لان المالك ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته
راجعة الى الامر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت
ان لا افعل ذلك بنفسي دين في القضا بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه
الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك
مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام
فيدين ديانة لا قضا اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الامر
بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة
وقضا ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث لان منفعة ضرب
الولد عايدة اليه وهو التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف ضرب
العبد لان منفعة الايتمار عايدة الى الامر بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال
ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه
ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان
يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا

لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم
لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان
يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل
والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ولو قال
هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه
قايم فينزل الجزا وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار
يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشرا والملك قايم فيه وهذا على اصلهما ظاهر
وكذلك على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق ثبت الملك
سابقا عليه فكذلك هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق فاعتق
او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات المحلية واذا قالت
المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضا
وعن ابي يوسف انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها
وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب
فيجعل مبتديا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع
ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضا لانه تخصيص
العام **باب اليمين في الحج والصلاة والصوم** ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها
علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق
دما وفي القياس لا يلزمه شي لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل
ومن هنا ما اثر عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ
فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في
المنسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شي عليه لان التزام الحج او
العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الصفا والمروة فلا شي
عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى
الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل
على البيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان

عنده وله التزام الاحرام للحج بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة
اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان
انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء
الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات
التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما
يحيط علم الشاهد به ولكنه لا تميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم
وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن
المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر
لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اخر اليوم واليوم صريح
في تقديره بمدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرا وركع لا يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع
حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان
ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم
لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلاة
لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان
للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامراته ان
لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف
ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في
الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المراة ليسا من اسباب
ملكه وله ان غزل المراة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك
سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوكه وقت النذر لان القطن
لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي
عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من
ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع

لا يحنث

لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث لانه حقيقة حتى سمي به في القرآن وله
انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر و
زمان ويفتى بقولهما لان التحلي على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش
فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراش
اخر فنام عليه لم يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول
ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا
على الارض بخلاف ما لو حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا
ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد
جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا
اخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل
مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه
الحياة في قول العامة وكذا الكسوة والكلام والدخول لانه يراد به التمليك عن الاطلاق
ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل
بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام
الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته في حياته وبعد الموت يزار
قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات حنث لان الغسل
هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب
امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام
وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا
فامراته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله
فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم به لا يحنث لانه عقد
يمينه على حياة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف
وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح والله اعلم

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين فلانا دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد

فهو اكثر من الشهر لان مادونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه بعيدا ولهذا يقال عند
بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه وجد
فلان بعضا زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيادة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة
صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا
من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه
بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وكانه شرط القبض
ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضا فعله والهبة
اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض
بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى
انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف كله فلا يحنث الا به فان قبضه
في وزنتين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر
قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا
ماية درهم فامراته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود عرفا نفي ما زاد
على الماية ولان استثناء الماية استثناء ها بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير ماية او
سوى ماية لان كل ذلك اداة الاستثنا **مسايل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا
تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن
ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام
الاثبات فيبر باي فعل فعله مرة واحدة وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك
بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا بان يعلمه بكل داعر دخل
البلد فهذا على ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد
فايدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن
حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبر
بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم
يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع مفاوضة فاقتضى

الفعل

الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه
اسم لما لا ساق له ولهما ساق ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على
دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشرا يبنى عليه وقيل
في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه
والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه **كتاب الحدود** الحد لغة هو المنع
ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى
القصاص حدا لما انه حق العباد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من
شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهرة ليست باصلية فيه بدليل شرعه
في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان
البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق
بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة
ان يشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا وقال عليه الصلاة و
السلام للذى قذف امراته ايت اربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان
في اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده و
اذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ما هو وكيف واين زنا ومتى زنا وبمن زنا
لان النبي صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط
في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنا في دار الحرب او في
المتقادم من الزنا او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية
الابن فيستقضى في ذلك احتيالا للدرء للحدود فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه
وطئها في فرجها كالميل في المكحلة ويسال القاضي عنهم فعدلوا في السر و
العلانية حكم بشهادتهم ولم يلتفت بظاهر العدالة احتيالا للدرا قال عليه
الصلاة ادرأوا الحدود بالشبهات ما استطعتم بخلاف ساير الحقوق عند ابي
حنيفة رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادة ان شا الله تعالى وقال في
الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم

رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسياتيك ان ع
انشا الله تعالى قال والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة
مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان
قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا
وعند الشافعي يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر
وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث
ماعز رضي الله عنه فان النبي صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات
في اربع مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت
فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد
من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده
ذلك يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه
دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه
ثم يجي فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله لانه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا
في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله القاضي
عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا وبمن زنا فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة
ومعنى السوال عن هذه الاشيا بيناه في الشهادة ولم يذكر السوال فيه عن الزمان
وذكر في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو ساله جاز
لجواز انه زنا في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل
رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب عليه
باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب في الشهادة وصار كالقصاص
وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه
فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد
القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام
ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه الصلاة والسلام
لماعز لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل ينبغي ان يقول له الامام لعلك

تزوجتها

تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل** في كيفية الحد
واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه
الصلاة والسلام رجم ماعزا رضي الله عنه وكان قد احصن وقال في الحديث المعروف
وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال يخرجه الى ارض فضاء
ويبتدي الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان
الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال
للدرء وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد ولنا ان كل احد لا يحسن
الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع
الشهود عن الابتدا سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر
الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدا الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه
ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت
بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام في ماعز رضي الله عنه
اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول
قصاصا وصلى عليه الصلاة والسلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا
وكان حرا فحده ماية جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما
ماية جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال يامر الامام
بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر
ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المولم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني
عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا كان
يامر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على
الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه
لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا راسه
ووجهه وفرجه لقوله عليه الصلاة والسلام للذي امره بضرب الحد اتق الراس و
الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع
المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شي منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الراس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه
اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد
في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك مستحق فيه ويضرب في الحدود كلها قايما غير
ممدود لقول علي رضي الله عنه تضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى
اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقيل المد ان يلقى على الارض ويمد
كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد
الضرب وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة
فنقص في العقوبة لان الجناية عند توافر النعمة افحش فتكون ادعى الى التغليظ و
الرجل والمراة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المراة لا ينزع من ثيابها الا الفرو
والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب
والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها
في الرجم جاز لانه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة
الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه الصلاة والسلام لم يامر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر
احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام ما حفر
لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم
المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام
بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء
العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نايب عن
الشرع وهو الامام او نايبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق
الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة
نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط الاهلية
العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل
النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلايل النعم وقد

شرع

شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد
باعتبارهما ونصب الشرع بالراي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح
الصحيح ممكن من الوطء الحلال شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويوكد اعتقاد
الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توفر الزواجر اغلظ والشافعي رحمه الله
يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية لهما ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يوينه قوله عليه الصلاة والسلام
من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل
ويشترط صفة الاحصان عند الدخول فيهما حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة
او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه
الصفات وهي حرة مسلمة بالغة عاقلة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر
عن صحبة المجنونة وقل ما يرغب في الصبية الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة
حذرا عن رق الولد ولا ايتلاف مع اختلاف الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة
والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية
ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لانه عليه الصلاة والسلام
لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو
في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي
حدا والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد ماية وتغريب
عام ولان فيه حسم باب الزنا بقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل
الموجب رجوعا الى حرف الفا او الى كونه كل المذكور ولان التغريب فتح باب الزنا
لانعدام الاستحيا من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة
وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة
والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد ماية
ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال الا ان يرى الامام ذلك مصلحة
فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال
فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله تعالى عنهم

وإذا زنا المريض وحده الرجم رجم لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وإن
كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند
شدة الحر والبرد وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي إلى هلاك الولد
وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع يريد به
تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرجم لأن التأخير
لأجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها
إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي أنه
عليه الصلاة والسلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم
الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار لأن
الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوطء الموجب للحد هو الزنا وإنه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل
في غير الملك وشبهة الملك لأنه فعل محظور والحرمة على الإطلاق عند التعري عن
الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم
الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى
شبهة حكمية فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل
دليلا ولابد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي
للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لإطلاق
الحديث والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأولى وإن ادعى فلأن
الفعل تمحض زنا في الأولى وإن سقط الحد لأمر راجع وهو اشتباه الأمر عليه
ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته
والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق وعلى مال وهي في العدة وأم
ولد أعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة
في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن
ففي هذه المواضع لا يجب الحد إذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها علي
حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا

بالكنايات

بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل
القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن
ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة
تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت إذا علم
بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا قال ومن
طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك في المحل
من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك
الإجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لي
لا يحد لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في النسب والحبس والنفقة فاعتبر
ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال
بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو
قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة
وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضوان الله تعالى عليهم فيه فمذهب
عمر رضي الله عنه أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا إذا نوى
الثلاث لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده
وإن قال علمت أنها علي حرام لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله
عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك والأبوة قائمة في حق الجد قال ويثبت
النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه وإذا وطئ جارية أبيه أو زوجته أو
أمه وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وإن قال علمت أنها علي حرام
حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه
في محل الاستمتاع فكانت شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه و
كذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد
ومن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في الملك
فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت إليه غير امرأته وقالت
النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه

وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز
بين امراته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية
عن ابي يوسف لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد
لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على
فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسوال
وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار
دليل ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله
ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد
اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا
لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله
ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات
ادم عليه السلام قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام
الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه
الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر قال
ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج عزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى
امراة في الموضع المكروه او عمل عمل لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر
زاد في الجامع الصغير ويودع السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي
الشافعي وقال في قول يقتلان في كل حال لقوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل
والمفعول به وفي رواية فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء
الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء
وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار
وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في
معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هذا نادر
وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه
محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة فلا حد

عليه

عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر
عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر
لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس
بواجب ومن زنا في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وقال
الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام
منقطعة فيها فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم
تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه
كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنا في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير
العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا فزنا
بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد
الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنا بحربية فاما اذا زنا الحربي
بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم و
هذا قوله الاخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في
دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل
قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجته
كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا
يقتل المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو
حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف
من حقوقهم واما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان الاصل في باب
الزنا فعل الرجل والمراة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل
يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في
حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي
والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات
على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو

زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف
اذا زنا المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي
او المجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال الشافعي وزفر يجب الحد
عليها وهو رواية عن ابي يوسف وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها
حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد
من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله ولنا ان فعل
الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطيا وزانيا والمراة موطوءة
ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية باسم
المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو
فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة
فلا يناط به الحد ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رحمه الله
اولا يقول عليه الحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار
آلته وهذا اية الطوع وجه قوله الاخر ان السبب الملجي قايم ظاهرا وهو قيام
السيف على راسه والانتشار دليل محتمل لانه قد يكون من غير قصد كما في النايم
فلا يزول اليقين بالمحتمل قال وان اكرهه غير السلطان حد وقالا لا يحد لان
الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك و يتحقق من
غيره وله انه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان و بجماعة
المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط الحد
بخلاف السلطان فانه لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه
ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او
اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى
النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد
وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة
معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا

اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة
الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب
الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا
في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفي لكونها
معدومة وهذا الخلاف فيما اذا زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط
الحد لان الملك هناك ثبت في الجثة العميا وهي عينه فاورثت شبهة قال وكل
شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يوخذ
به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه
على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بالتمكين
او بالاستعانة بمنعه على المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف
قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم ساير الحدود التي هي حق الله تعالى **باب**
الشهادة على الزنا والرجوع عنها قال واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم
عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة
وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد
حين لم يوخذ به وضمن السرقة والاصل فيه ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى
تبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي
هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين بين اداء الشهادة
والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة
هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا
بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر و
السرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم
فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح
رجوعه بعد الاقرار والتقادم فيه غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى
فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف
حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر ولانها

شرط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في
كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد
اعلامه وبالكتمان يصير آثما فاسقا ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتدا
يمنع الاقامة بعد القضا عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد
ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضا من القضا في باب
الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه
قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك وفوضه
الى راى القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو
رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بينه وبين
القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام
فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال
الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة
غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وفلان غائب لم يقطع والفرق ان
بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى
الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال
انها امراته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امراته
وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد
عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا يحد الرجل خاصة
لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها
لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهم وله انه اختلف
المشهود عليه لان فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعة صارا قاذفين
لهما وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط
احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنا بامراة بالكوفة واخران
انه زنى بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف
باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا

لزفر

لزفر لشبهة الاتحاد نظرا لاتحاد الصورة والصيغة والمراة وان اختلفوا في
بيت واحد حد الرجل والمراة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا
استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق
ممكن ان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان
الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد
بحسب ما عنده وان شهد اربعة انه زنى بها بالنخيلة عند طلوع الشمس و
اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما
فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل
واحد وان شهد اربعة على امراة بالزنى وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنى
لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها
بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد عنها ولا يجب عليهم وان شهد اربعة
على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف
فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانهم لا يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد
وهم ليسوا من اهل الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والادا فلم تثبت
شبهة الزنى لان الزنا يثبت بالادا وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم
فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع
قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته تنفذ عندنا فتثبت
بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الادا لتهمة الفسق تثبت شبهة
عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وياتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق
ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة
حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف
باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنى فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا
او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا
على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رحمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف

اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون
لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع
فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع
يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب
الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رحمه الله ان الواجب هو الجلد
وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب و
هو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس
عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد
لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون وشهدوا على
المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنى بعينه ولان
شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قايمون
مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد على
المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرأ الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على
رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة
فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع
ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص
وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات واما الحد فمذهب الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه
ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي
فيورث شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تفسخ
شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فتنفسخ ما ينبني عليه وهو
القصاص في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذف غيره لانه غير محصن
في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم
حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة
تاكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان
الامضاء من القضاء وصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن

المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع
خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة
باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم
فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع وان رجع اخر
حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادة
ثلاثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا
فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله
معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالا هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا
تعمدنا بالتزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا
اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما تصير
حجة وعاملة بالتزكية فكانت في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف
شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة
الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول
وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه
لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا
يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل
عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص
لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا
وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة
لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه
حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل
العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا
عبيدا تجب الدية في بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو
باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هنا بخلاف ما اذا ضرب عنقه
لانه لم ياتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم

لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد
اربعة على الزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول
بعد وجود ساير الشرايط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها
يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان
رجل وامراتان رجم خلافا لزفر فزفر مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير
الاموال وزفر رحمه الله يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف
الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا يقبل بشهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار
كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنى لا يقبل لما ذكرنا ولنا
ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في
معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت
بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم وهو العبد او يتضرر به المسلم
فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم باب

حد الشرب

ومن شرب الخمر واخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود
عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت و
لم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد
فاجلدوه فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد فالتقادم يمنع قبول
الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان
التاخير يتحقق بمضي الزمان وقد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه شربت
مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة بقول ابن
مسعود رضي الله عنه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى
دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز
بين الروايح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله
عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الا عند قيام الرائحة لان

حد الشرب يثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط
قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به من
مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر
كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان
عمر رضي الله عنه اقام على اعرابي سكران من النبيذ ونبين الكلام في حد السكران ومقدار
حده المستحق ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها لان الرائحة
محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر
من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا
شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد
الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد
الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد
به نص ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب
بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين
وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء
مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد
هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه لانه السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله
انه يوخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على
العقل ويسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو والمعتبر في
القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور
اثره في مشيه وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران
باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر
تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع
السكر باب

حد القذف

اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا وطالب

المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه و
هو اشتراط اربع من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه
حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما قلنا ويفرق على اعضائه لما مر في حد
الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا
غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا
جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما
عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر واما العقل والبلوغ فلان العار لا
يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق الزنا منهما والاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام
من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف
صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه
حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره
ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير
غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبابه وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي
مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق
في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية
وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها
ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان
العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق
المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة
ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الارث بالقتل و
يثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد
خلافا لزفر واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا
لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار

كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا
لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير
الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه
لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه
بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب
عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لهما
ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف
بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا
له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد
فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه
حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم عن
الفساد وهذا اية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان
فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا
الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا
به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل
المشهور الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها ومنها الارث اذ الارث يجري في حقوق
العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح العفو من المقذوف عندنا ويصح
عنده ومنها لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف
رحمه الله في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج
الاحكام والاول اظهر ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا
فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي
يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي
لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة
والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه او الى خاله او الى زوج
امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا الاول لقوله تعالى واله ابائك ابراهيم

واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الخال اب والثالث
للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة
من العرب وارق الى الخيرات زنا في الجبل وذكر الجبل مقرر مراد ولهما انه استعمل في
الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب
والسباب يعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل
انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت
على الجبل قيل لا يجب لما قلنا وقيل يجب للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لاخر يا زاني فقال
لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط
فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا فيه ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت
حدت المراة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداءة
بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا
فيحتال للدرء واللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه
قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت
الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل
انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في
مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه
وعدمه منها فجاء ما قلناه ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه
باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما كذب نفسه
بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف
فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد ولده في
الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون
الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير
قاذفا ومن قذف امراة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد
حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا وهو ولادة ولد لا اب له

ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد
لانعدام امارة الزنا ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي
شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا
يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس
بزنا والوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة
مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رحمه الله يشترط ان تكون
الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد واذا قذف
رجلا وطئ جارية بينه وبين اخر فلا حد عليه لانعدام الملك من كل وجه وكذا اذا قذف
امراة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد
ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امراته وهي حائض او مكاتبته فعليه الحد لان
الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف
ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا
يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو
قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو
الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة
وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده
خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي في دارنا بامان فقذف مسلما حد لان
فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما
ان لا يؤذي وموجبه اذا ادى الحد واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان
تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف
لم تقبل شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم
قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام
ولم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته
لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب

سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون
صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف
انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فهو
لذلك كله اما الاول فلان المقصد من اقامة الحد حق الله تعالى الانزجار واحتمال حصوله
بالاول قايم فيتمكن شبهة المقصود في الثاني وهذا الخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب
لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الاخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه
عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به
وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده **فصل** في التعزير ومن قذف
عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد
الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر
او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب
التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية
الراي للامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه و
قيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية
يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير
اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة
وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا في غير حد فهو من
المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو
حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله
اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول
زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده
ثم قدر الادنى ثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه
على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن
ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس
والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف واذا راى الامام ان يضم

الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به
فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير
واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف
كيلا يودي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضا ثم حد الزنا
لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى
شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال
كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من الوصف
ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل
المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه
مطلق فيه والاطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان
نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره
صار كان الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان **كتاب** السرقة
السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق
السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك
انشاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار
على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق
مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة
عين المالك او من يقوم مقامه واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته
عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان
الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان
الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما
تغلب بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة
دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما

في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي يقول ان قيمة
الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ
بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية
وهي دارئة وقد تايد ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في دينار او عشرة
دراهم واسم الدراهم تنطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال
في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا
قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه
المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم
يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى والحر والعبد في القطع سواء لان النصوص لم يفصل ولان التنصيف
متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى
عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك
اعتبرنا بالزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة فيكتفى به كما في القصاص
وحد القذف ولانه لو لم يجب القطع بالمرة استنفد الضمان بها ثم لم يجب القطع بالاقرار
ثانيا لان كل واحد اوجب الضمان لا يقطع فيه كالغصب ولا اعتبار بالشهادة لان
الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع
في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه
واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب
بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسالهم الامام عن
كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه
الى ان يسال عن الشهود للتهمة واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل من عشرة دراهم لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب
ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب

والسمك

والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي
الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه
اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل
الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة
الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص
الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير
والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة
والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما
ذكرنا لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع
في كل شيء الا في الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة ما ذكرناه ولا
يقطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه الصلاة
والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه الصلاة والسلام
لا قطع في الطعام والمراد والله تعالى اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في
معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيهما
لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا اواه الجرين او الجران قطع
قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي ياويه الجرين في عادتهم هو اليابس من
الثمر وفيه القطع ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز
ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها
ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية ولا في الطنبور
لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال يقطع لانه مال متقوم
حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية
نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها وجه الظاهر ان الاخذ يتاول
في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا
للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع فلا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر
وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار

كباب الدار بل اولى لانه يحرز باب الدار بما فيها ولا يحرز باب المسجد بما فيه حتى لا يجب القطع
بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول من
اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم التي عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا
تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز
وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان
عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتاول في اخذ الصبي اسكاته او
حمله الى مرضعه وقال ابو يوسف رحمه الله انه يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه
يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد
والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه
غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها الا اذا يعبر عن نفسه
لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا
يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا
به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان
المقصود ما فيها وليس ذلك مال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان
المقصود هو الكواغد ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها يوجد مباح الاصل
غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا
قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة
رحمه الله آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل لانها
اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام
ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها اعز وهو جوهر معروف اموال
الناس وانفسها ولا يوجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها
فصار كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانه بالصنعة
التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب
على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها
لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا

لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة
لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام
لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه الصلاة والسلام من نبش
قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع
على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت
حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان
الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او محمول على السياسة وان كان
القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه
الميت لما بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال
للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء
لحقه والحال والمؤجل فيه سواء لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على
حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية
الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض
العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر
بدون اتصال الدعوى حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو
كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان
النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها
لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه
الصلاة والسلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى
بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت
السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله
وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك
والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف
سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود

وهو تعليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف للمقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه فقطع لان العين قد تبدل ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع فيه ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لا يقطع فالاول هو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الكل خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة والاقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قل ما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن من الدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكتسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا والحرز على نوعين حرز لمعنى كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رحمه الله الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان مفتوحا حتى يقطع

السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دارا فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله اخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل وجه وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج واخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا

ان الرمي حيلة تعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب
الدار او الفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم
ياخذه فهو مضيع لا سارق وكذلك اذا حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف
اليه كسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال هذا
استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت
السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنا للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان
المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى
الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف
في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما
اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه
الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو
المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في
الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن
فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك
هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم تقطع لان في الوجه
الاول الرباط خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني
الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل
الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده
وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق فان سرق من القطار
بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم وهذا لان
السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ
حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع
لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم
فوجد الاخذ من الحرز فيقطع واذا سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم

عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا
بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده
والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترنا من قبل وذكر في
بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما ذكرناه من
القول المختار **فصل** في كيفية القطع واثباته وتقطع يمين السارق من الزند
وتحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ومن الزند
لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند والحسم لقوله عليه
الصلاة والسلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر
لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد
في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي
تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله صلى الله عليه وسلم من سرق
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى
مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونه جناية بل فوقها فتكون
ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا
ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد
اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه
نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما
امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان
السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم تقطع لما فيه من تفويت
جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا
كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام
البطش بالابهام وان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء
قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين
لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش واذا قال الحاكم للحداد اقطع

بين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء
عليه في الخطاء ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطاء ايضا وهو القياس وهو
المراد هو الخطا في الاجتهاد واما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل
يجعل عذرا ايضا ولو انه قطع يدا معصومة والخطا في حق العباد غير موضوع فيضمنها
قلنا انه اخطا في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطا في الاجتهاد عفو
ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان
في المجتهدات كان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله
انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع
ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو
اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم
في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى
طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب
بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا
خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا
اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود والمستودع
والغاصب وصاحب الربوا يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه
ايضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب
والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع و
القابض على سوم الشرا والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع
بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال
قيام الرهن قبل قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي
بناه على اصله لانه لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة
في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا
ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهو شهادة
رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي

القطع

القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء ولم
يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن
فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كان شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة و
ان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق
الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد
موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد
واجب عليه ولو سرق من الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ القطع بشبهة
يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب
ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور
السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة
بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا
قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذلك اذا
باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة
قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا
شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء
اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط
قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء وكذلك اذا نقصت
قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد انه يقطع وهو قول
زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا
يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه
فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر غير مضمون
فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان
لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط
بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة

دارئة للحد ويتحقق بمجرد الدعوى الاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع
بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل
في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان
سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفة
اخرا وهو قولهما وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي
الشبهة وجه قوله الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم
لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه
بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة
للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده
ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل
عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه
وكل ذلك للمولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يواخذ بالضمان به لصحة
اقراره والمال لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن
نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه
لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رحمه الله
في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الغصب فيبقى مال المولى ولا قطع
على العبد في سرقته يوضحه ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه
بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل
بطل في التبع بخلاف الماذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع
تبعا ولابي يوسف رحمه الله انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه و
بالمال وهو على المولى فلا يصح على حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب
الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي تقطع يد المقر وان كان لا يصدق
في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع قد صح
منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء

تابع

تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه
بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد
مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع واذا
قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان
كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو
رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه
يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما
فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق
العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوك للذمي
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب
الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين
انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى
معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير
محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك
لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب
دون غيره وجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا
يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورة سقوطها في حق الهلاك لانتفاء
المماثلة ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو في جميعها ولا يضمن شيئا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم
وادعى السرقة فان حضروا جميعا وقطعت يده بحضورهم لا يضمن شيئا بالاتفاق
في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر
السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة
وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة
شرط للظهور عند القاضي فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع
نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو
يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو خرق الفاحش
فانه يوجب القيمة ويملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع و
لهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع
البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ كما اذا سرق البايع مبيعا
باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين
النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق
لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ وصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا
كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك
اذ ليس له خيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة
تمت على اللحم فلا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او
دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير على المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما
خلافا له ثم وجوب الحد لا يبطل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكها
قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا اخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا
فصبغه احمر فقطع لم يوخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يوخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب
اصلا قايما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قايم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه
مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قايم صورة لا معنى الا ترى انه
غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل
واحد قايم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه ورجحنا المالك لما ذكرنا وان صبغه
اسود فقطع اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند
ابي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد
زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك لما مر وعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان
فلا يوجب انقطاع حق المالك **باب** قطع الطريق واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد

يقدر

يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق واخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا
حبسهم الامام حتى يحدث توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على
جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع
الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا
والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية المراد منه والله تعالى
اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعة نذكرها ان
شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللايق تغليظ الحكم بتغلظها اما
الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شره عن اهلها
ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة
لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناه لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال
مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب
القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له
خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة و
الحالة الثالثة كما بينا لما تلونا ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم
لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم
وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل او يصلب
ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس
في باب الحدود كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها
وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل
معا في الكبرى حدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم
ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه
لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر غيره ونحن نقول اصل التشهير
بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت
ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول
وهو الصحيح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب

اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك على
خشبة حتى تنقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير
مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى
وقد بيناه وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي
تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط
القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء
لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح
اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه
لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم
جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى
سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما سقطت عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب
وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية
لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال
ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو
ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان من القطاع صبي او مجنون او
ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين والمذكور في الصبي والمجنون
قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وفي
عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما ان الجناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل
بعضهم موجبا كان قول الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع
العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم
والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرنا فالامتناع في حق البعض يوجب
الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه
لخلل في العصمة وهو يخصه اما ههنا الامتناع للخلل في الحرز والقافلة حرز واحد
فصارت القافلة كدار واحد ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة
والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول

الشافعي لوجود حقيقته وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر وان بقربه لانه
لا يلحقه الغوث وعنه انه لو قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق
لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة
ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون
برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو
قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند
ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين ان شاء الله تعالى في الديات
وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره
بالقتل والله تعالى اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور
وفي الشرع يختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية
اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفريضة فلقوله تعالى اقتلوا
المشركين وقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة اراد به فرضا باقيا وهو
على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو فساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله
تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين
كصلاة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب
على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب
على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فح يصير فرض العين لقوله تعالى انفروا خفافا
وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى
يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير
العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على
الكل وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي
مظنة المرحمة ولا عبد ولا امراة لتقدم حق المولى والزوج ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم
فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد
بغير اذن مولاه لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق
فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا

ضرورة الى ابطال حق المولى والرفع ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة
اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فان لم يكن فلا باس بان يقوى بعضهم بعضا
فيه دفع الضرر الاعلى بالحوق الادنى يؤيده ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من صفوان وعمر
رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

فاذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما
روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان
اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل
الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول
الله صلى الله عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص و
هذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب
لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم
او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه
انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول و
كذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القران والله تعالى اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة
الى الاسلام الا ان ندعوه لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية امراء الاجناد فادعهم
الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على
سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم
قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل
النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان
النبي صلى الله عليه وسلم اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير
على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله تعالى عليهم
وحاربوهم لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعو
هم الى اداء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر
لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق
كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف وحرقوهم لانه عليه الصلاة والسلام

احرق

احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في
جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا
باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب
عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن
مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى
لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد
امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة ولان
الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة
الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان
قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه
لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن
عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف
فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه الصلاة
والسلام لا يسافر بالقران الى ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس
بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض
والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة
واما الشواب فقرارهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل
به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة
وان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا
العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا
يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا
تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية
في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ولا يقتلوا امراة ولا صبيا
ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا
لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي

بخلاف الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين راى عليه الصلاة والسلام امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راى في الحرب او تكون المراة ملكة لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره وان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلون مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدى الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عنه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه الماثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم راى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عليه الصلاة والسلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وبقاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه الصلاة والسلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لانه بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق

ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى وان راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ منهم على ذلك مالا لا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن فلا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما المرتدون يوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لو اخذ المال تقريرا لهم على ذلك وتقرير المرتد على الردة لا يجوز ولانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والشرب الا انا عرفناه بالنص فان النبي صلى الله عليه وسلم امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل اذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتلهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد

من الجيش وفيه مفسدة فينبذ الامان لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف
ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ولا يجوز امان الذمي
لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما
مقهوران تحت ايديهم فلا يخافانهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى
الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون
بامانه ولا ينفتح لهم باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما
بينا ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال
محمد يصح وهو قول الشافعي وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد رحمه الله
قوله عليه الصلاة والسلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري ولانه مؤمن
ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال او بالمؤبد من الامان فالايمان لكونه
شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين
واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك
المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رحمه الله
انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون
في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى
على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد
يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون لانه رضي به والخطاء
نادر بمباشرة القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة
اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك واسقاط الفرض نفع
فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور
عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا للقتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها
بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع
عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة
من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى

هو

هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني
وهذا في العقار واما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه
وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير
بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم
راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لهم لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين
العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد
والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع
اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى
بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد
وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء
تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين من
بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين
فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد
انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا
يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو
قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله
ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ المسلم
لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم
اليهم مضاف الينا اما الفداء بمال ناخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب
لما بينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى
بدر ولو اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا
طابت به نفسه وهو مامون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافا
للشافعي رحمه الله فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر
قلنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق
الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا

وإذا اراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها
ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح
الشاة الا لماكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة
الاعداء ثم تحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار فصار كتخريب البنيان بخلاف
التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه بخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما
لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة
في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي لا باس بذلك واصله ان الملك
للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا
الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى له ان سبب الملك الاستيلاء
ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق
ولنا انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه
ومنع الغنيمة والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة
والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر ثم قيل موضع الخلاف
ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت
بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم في دار الاسلام
ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد
عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو
المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا
لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها
خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق
المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لانه بكل
منها يتم الملك فينقطع بتركه المدد قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا
ان يقاتلوا وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه الصلاة والسلام
الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد

المجاوزة

المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال
فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف
على عمر رضي الله عنه او تاويله ان شهدها على قصد القتال وان لم يكن للامام حمولة
يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام
ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية
السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل المغانم عليها لان
الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كانت في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو
كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار
كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير
لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار
الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين
في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد احرازها بدار الاسلام فنصيبه
لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال
الشافعي من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد
بيناه قال ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا مما وجدوه من الطعام
قال رحمه الله تعالى ارسله ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في
اخرى وجه الاول انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا لحاجة كما في الثياب والدواب
وجه الاخرى قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها
ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب
قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة
للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحب فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه
فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده الى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح
والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب
وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة
الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتاويله اذا

احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه
لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة فصار كالمباح له
الطعام وقوله ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمنا
وانما هو اباحة فصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعون
بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى
الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع يكره الانتفاع بها قبل
القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا
الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا
لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر
القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له بالانتفاع
في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا السبي
حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار
الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار
لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل ما هو في يديه لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم على مال
فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم
او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال
الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها
اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف
رحمه الله الاخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف رحمهما الله الاول كغيره من الاموال بناء
على اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لانها كافرة
حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا
كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل التمليك تبعا لغيره بخلاف
المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون
ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا
لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده

ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يكون فيئا قال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير مع
محمد لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله
انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها
ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض
شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتمليك
وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان
يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبار
ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن
فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم يقسم وعن الشافعي رحمه الله
مثل قولنا وعنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ~~لانه كان احق به~~ ولنا ان الاختصاص
ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا
بعد وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه
صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز
ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته
والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه **فصل** في كيفية القسمة
ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم
الامام الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه الصلاة والسلام قسمها بين
الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا للفارس
ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهمان ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه ثلاثة
امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رحمه الله
ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى للفارس سهمين و
للراجل سهما فتعارض فعلاه فنرجع الى قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم للفارس سهمان
وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم

للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره ولان الكر والفر من
جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار
مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس و
الفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد
وقال ابو يوسف لفرسين لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين ولان الواحد
قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم عليه الصلاة
والسلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون
السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة
افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل
والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى الخيل في الكتاب قال الله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين
والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون
اصبر والين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا
فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرسا استحق
سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمهما الله
في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان فالحاصل عندنا حالة المجاوزة وعنده
حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حالة الشخص عنده والمجاوزة
وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان
الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر فشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة
نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها لان
الوقوف على حالة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين
فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر
حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا
لضيق المكان يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق
سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن على قصده بالمجاوزة

القتال

القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة
القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا
انه ينتظر عزته ولا سهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب
ما يرى الامام لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم النساء والصبيان و
العبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان صلى الله عليه وسلم باليهود على اليهود لم يعطهم
شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله
والمراة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه
الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة
العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما
يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمراة يرضخ لها اذا
كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا
النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال و
الذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين
الا انه يزاد له على السهم في الدلالة اذا كانت منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم
اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمل الجهاد فلا يسوى بينه وبين المسلم
في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين
وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى
اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله
تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين
قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام
يا بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس
الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي صلى
الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم علل فقال انهم لم يزالوا
معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وبهذا تبين ان المراد

من النص قرب النصرة لا قرب القرابة فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا
باسمه وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان النبي صلى الله عليه وسلم يصطفيه
لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي يصرف سهم الرسول
الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه قال وسهم ذوي القربى يستحقونه في زمن النبي
صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر وهذا الذي ذكره قول الكرخي و
قال الطحاوي سهم الفقير منهم ايضا ساقط لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى
الصدقة نظرا الى المصرف فيحرم كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي
الغسالة ما روي عمر رضي الله عنه اعطى الفقرا منهم والاجماع انعقد على سقوط
حق الاغنيا اما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلاثة واذا دخل الواحد و
الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام واخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة
هي الماخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد
والاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام
فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخل جماعة لها منعة
فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة
ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف
الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

ولا باس بان
ينفل الامام في حالة القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله
سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد دفع الخمس
لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال
وهذا نوع تحريض ثم يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام
ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان
التصرف اليه وقد يكون لمصلحة ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق
الغير قد تاكد بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل
السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل سواء وقال الشافعي السلب

وغيره

للقاتل

للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتل قتيلا لقول النبي صلى الله عليه وسلم من قتل
قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب الشرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء
فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون
غنيمة الغنايم كما نطق به النص قال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن ابي سلمة رضي الله عنه
ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع و
يحتمل التنفيل فيحمل على الثاني لما رويناه وزيادة الغنا لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرنا
والسلب على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والالة
وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلبه
ما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين
واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من
اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها لم يحل وطيها وكذا لا يبيعها وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له ان يطاها ويبيعها لان
التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي و
وجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب
الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في
مال مباح وهو السبب على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما
نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم
ملكوها قال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور
لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على
مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم و
هذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع
فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار
لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومالا والمحظور لغيره اذا صلح سببا
لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها
المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء فان وجدوها بعد القسمة

فهو

اخذوها بالقيمة ان احب لقوله عليه الصلاة والسلام فيه فان وجدته قبل القسمة
لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك زال ملكه بغير
رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة
ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة
فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه
الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شا اخذه بالثمن الذى اشتراه وان شا تركه
لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر
فيما قلنا ولو اشتراه بعرض ياخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته
لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل
القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا
ياخذه لما قلنا وكذا اذا كان مشترا بمثله قدرا ووصفا فان اسروا عبدا فاشتراه
رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن
الذى اخذه من العدو اما الاخذ بالثمن لما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه
صحيح ولو اخذه اخذ بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى
في يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب
اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه
ثانية وادخلوه في دار الحرب فاشتراه رجل اخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه
من الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شا لانه قام
عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا كان الماسور منه الثاني غايبا ليس للاول ان ياخذه
اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا و
مكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الحكم في محله والمحل المال
المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم
لان الشرع اسقط عصمتهم جزا على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية على هولاء واذا
ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لان العصمة

لحق

لحق المالك لقيام يده وقد زال فلهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه قد ظهرت
يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له
من الانتفاع به وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه
فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور
يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله ياخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا
كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يودى عوضه من بيت المال
لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك
جعل الابق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه
ملكوه لتحقق الاستيلا اذ لا يد للعجما ليظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد
على ماذكرنا واذا اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه ياخذه بالثمن
ان شا لما بينا وان ابق عبد اليهم وذهب معه فرس ومتاع فاخذ المشركون
ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى ياخذ العبد بغير شيء
والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ياخذ العبد و
ما معه بالثمن ان شا اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا
الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله
دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت
مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في
يده عبدا ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط
وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي
ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب
واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهرنا على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج
عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطايف
اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء
الله تعالى ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالتحاقه بمنعة
المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها

اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداً فلهذا كان اولى

باب المستامن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستامن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم يعني التاجر فاخذ شيا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلا على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيومر بالتصدق وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضا يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضا على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضا لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يومر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضا فلما بينا انه ملكه اما عدم القضا فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي يومر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطاء فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطاء اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله

يقابل

وأما الامر

في العمد

في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطاء لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجرا اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاسيرين الدية في الخطاء والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطا بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن في دارنا من اقامة دائمة الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية فان رجع بعد ما قاله الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه فاذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين فاذا اقامها بعد ما قاله الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة للمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ذميا فصار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشرى لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة فاذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فتتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية

لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما للمقام ولو ان حربيا
دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم
فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان
اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها
في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات
اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت يده اسبق اليه من يد العامة فتختص به
فسقط فان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذا اذا مات لان نفسه
لم تصر مغنومة فكذا ماله لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال
وما اوجف عليه المسلمون من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما
يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك
وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ
الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين
من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوكة بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق
الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا فلا معنى لايجاب
الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال
اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك
كله فيء اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما
في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما
تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك
وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة
وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم
كانوا تحت ولايته حيث اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا
فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واولاده الكبار فلما قلنا
واما المال الذي في يد الحربي فانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست محترمة واذا اسلم
الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا

الكفارة

الكفارة في الخطا وقال الشافعي تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما
لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة
لحصول اصل الزاجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال لان الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق
به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية
جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة
المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال
تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال
دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم
العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان
الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما اوجب ابطالها والمرتد والمستامن في دارنا من اهل
دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما خطا لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا
بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطا
فتعتبر بسائر النفوس المعصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان
قال النبي صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ الدية معناه بطريق
الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود
فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس
من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

ارض العرب كلها ارض عشر
وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما
بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي صلى الله عليه وسلم
والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم
كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق
ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح سواد العراق
وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص
وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز
بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع

ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة هـ

الثعلب

عليها هـ

عليها وعلى رؤوسهم الخراج فبقي الارض مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل وكل ارض اسلم
اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف
على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج
وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى
ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان النبي صلى الله عليه وسلم
فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل
اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وان لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض
عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء
الخراج ومن احيا مواتا فهي في قول ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج
ومعناه بقربها فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية
باجماع الصحابة لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها
الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية
لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس
لاجماعهم وقال محمد ان احياها ببئر حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة او الفرات
والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا اذا احياها بماء السماء وان احياها
بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من
اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر
في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وظفه عمر رضي الله عنه على
اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة
خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم هكذا هو المنقول عن
عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف رضي الله عنه حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه
مشرفا فمسح فبلغ ستة وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤنات متفاوتة
فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها
فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها وما سوى ذلك

من الاصناف كالزعفران والبستان وغير ذلك يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه
توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فيعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة
ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم
الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا
وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك ذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من
اي شيء كان فان لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام فالنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع
الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا
لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع تجوز عند محمد اعتبارا
بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة فان غلب
على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليها لانه فات التمكن من
الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء
التقديري ~~المعتبر في الخراج~~ في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة او
يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن
كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج
الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال
الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة
في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي
ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون
خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج
من ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين
مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا
من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة
وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب
الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا
يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج

في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في
كل خارج **باب الجزية** وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع
عليه الاتفاق كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو
التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام بوضعها اذا غلب
الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين
درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل
شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال
الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء لقوله صلى الله
عليه وسلم لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان
الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري
والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم
ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت
بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة
الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امر بالاخذ من
الحالمة وان كانت لا تؤخذ منها الجزية وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى
قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووضع النبي
صلى الله عليه وسلم على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول
ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب
وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب
الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين
ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم
ولا يوضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو
العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم
اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل

من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركو العرب
وجوابه ما قلنا واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر الصديق رضي الله عنه استرق
نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل
لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان
ولا يقاتلان لعدم الاهلية ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن
ابي يوسف انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي ولا على فقير غير معتمل
خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها
على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على
ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر
وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا
تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان
الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هنا وذكر محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه توضع عليهم
اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رحمه الله ووجه الوضع عليهم ان القدرة على
العمل له ثابتة هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه
لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون
المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر الحول ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات
كافرا خلافا للشافعي فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض
فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزا واحد
عقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا
لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر
عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى
لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير
ومن لم يؤخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ منه وهذا
قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله وان مات عند تمام السنة

لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها
وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الجزية
وجبت عوضا ولا عوض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن
فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله
انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه اذا بعث على يد
نائبه في اصح الروايات بل تكلف ان ياتي بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي
رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي فيثبت انه عقوبة والعقوبات
اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانه وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا
كما ذكرنا في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض
وكذا النصرة في المستقبل اذ الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع
الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب في اخر
السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته
والوجوب عند ابي حنيفة رحمه الله باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان
الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكاة ولنا ان ما وجب
بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه
في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه
الصلاة والسلام لا خصاء في دار الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان
انهدمت البيعة او الكنيسة القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام
فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة
للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في
الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار
ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر
والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب
يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة
العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم

وقلانسهم

وقلانسهم وملابسهم ولا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل
الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا
للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ
بالسلام ويضيق عليهم الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين
وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون
الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان تتميز نساؤهم من نسائنا في
الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة
قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين
فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص
به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي صلى الله
عليه وسلم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية
لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رحمه الله سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا لانه
ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي صلى الله عليه
وسلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاري لا يرفعه ولا ينتقض العهد الا بان يلتحق
بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة
عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه
في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق
بخلاف المرتد **فصل** ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من
المسلمين من الزكاة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح على الصدقة المضاعفة و
الصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعفة وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم
ايضا وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها
ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح
والمراة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال و
ذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج

اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى وقال زفر يضاعف لقوله صلى الله عليه وسلم
مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمى يلحق به فى حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا
تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا
بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمى فى حقه ولا
يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغنى من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد
فى حق المولى اما الهاشمى ليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته
عن اوساخ الناس فالحق به مولاه وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بنى
تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور
وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعلماؤهم وعمالهم منه ما يكفيهم
ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه بيت مال فانه وصل الى المسلمين من
غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذرارى على الاباء
فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال ومن مات
فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمى عطاء فلا
يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله تعالى عرض عليه الاسلام
فان كانت له شبهة كشفت له لانه عساه اعترته شبهة فتزاح عنه وفيه دفع شره
باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلاثة
ايام فان اسلم والا قتل وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل
وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن
ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب
وعن الشافعى ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان
ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلاث
ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه
فاقتلوه ولانه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز
تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان

يتبرأ

يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول
المقصود فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شئ على القاتل ومعنى الكراهة ههنا
ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة
فلا تقتل ولكن تحبس حتى تؤمن وقال الشافعى تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل
من حيث انه جناية متغلظة فيناط به عقوبة مغلظة وردة المراة تشاركها فيه فيشاركها
فى موجبها ولنا ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار
الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه لدفع شر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك
من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجل فصارت المرتدة كالاصلية قال وتحبس
حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما فى
حقوق العباد وفى الجامع الصغير وتجبر المراة على الاسلام حرة كانت او امة والامة
يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرناه ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب
فى كل ثلاثة ايام مبالغة فى الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا
مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يزول ملكه لانه
مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربى مقهور
به تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه
مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا فى امره فان اسلم جعل العارض
كان لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل
على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه قال
وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه فى حال اسلامه الى ورثته المسلمين وكان
ما اكتسبه فى حال ردته فيئا وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا كلاهما لورثته وقال
الشافعى كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربى لا امان له فيكون
فيئا ولهما ان ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى
ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابى حنيفة
رحمه الله انه يمكن الاستناد فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد
فى كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده قبلها ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة

الردة ويبقى وارثها الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد وعنه
يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة
بمنزلة الموت وعنه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب
قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته
المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة
كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله
ويرث زوجها المسلم اذا ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة
لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه
في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة
فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق
احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه
لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر
موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا
عند لحاقه في قول محمد رحمه الله لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال
وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار
الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام
وما لزمته من الديون في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته قال هذا رواية عن ابي حنيفة
وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه
وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار
السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون
الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط
هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة ليس بمملوك
له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من
محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان

عليه

عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام
بقدر ما الحقه تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى ديونه من الكسبين لانهما
جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه
من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق
بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان
تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر
الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا
ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم
والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه ولهما ان الصحة تعتمد الاهلية
والنفاذ للملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على
ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو
مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته الا عند ابي يوسف تصح كما تصح من
الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة
وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يترك
فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور
تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل
دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر بتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه
القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني و
قاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست بحربية و
لهذا لا تقتل وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته
من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه فاذا عاد مسلما احتاج اليه
فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه
لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينتقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك
فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا ولو وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت

بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهى ام ولد له والولد حر فهو ابنه ولا يرثه وان
كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد
فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه
فصار فى حكم المرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد تبع لها لانها خيرهما دينا
والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فىء فان لحق ثم رجع
واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك فوجدت الورثة قبل القسمة يرد عليهم لان الاول
مال لم يجر فيه الارث والثانى انتقل الى ورثته بقضاء القاضى بلحاقه فكان المالك وارثا قديما
اذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة
جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذى اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل
ينفذ فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق فيه ترجع الى الموكل و
الولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلا خطاء ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته
فالدية فى مال اكتسبه فى حال الاسلام خاصة فى قول ابى حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما
اكتسبه فى الاسلام والردة لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون فى ماله
وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته فى الحالين ولهذا يجرى الارث فيهما وعنده
ماله المكتسب فى الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب فى الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان
الاول ميراثا عنه والثانى فيئا عنده واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله تعالى ثم
مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف
الدية فى ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف
ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما
المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثانى وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه
فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة فى التقدير فلا يعود حكم
الجناية الاولى واذا لم يقض القاضى بلحاقه فهو على الخلاف الذى نبينه ان شاء الله تعالى فانه
لم يلحق واسلم ثم مات فعليه دية كاملة فهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال
محمد وزفر رحمهما الله فى جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب
بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على المحل معصوم

وتمت

وتمت فيه فيجب عليه ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه معتبر بقيام العصمة فى حال
بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها فى حال انعقاد السبب وفى حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل
من ذلك كله وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب
مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مكاتبته وما بقى فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما
لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابى حنيفة رحمه الله فلان
المكاتب انما يملك اكتسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكتسابه الا ترى انه
لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد رجل وامراته
والعياذ بالله تعالى ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة فى دار الحرب فولدت ولدا وولد لولدها ولد
فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول
على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمهما الله انه يجبر تبعا للجد
واصله التبعية فى الاسلام وهى رابعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر
والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة وارتداد الصبى الذى يعقل ارتداد عند ابى
حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام ولا يرث ابويه ان
كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر
والشافعى رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما فى الاسلام انه تبع
لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكام يشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا ان عليا
رضى الله عنه اسلم فى صباه وصحح النبى صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك معروف ولانه
اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على
الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية
وهى من اجل المنافع وهو الحكم الاصلى ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالى بما يشوبه ولهم فى الردة
انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابى يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر
لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله انها موجودة حقيقة فلا مرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام الا
انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن
الصبيان مرحمة عليهم وهذا فى الصبى الذى يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده
لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذلك المجنون والسكران الذى لا يعقل

باب فى البغاة

تفض

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى
الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل قتالهم
ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدأوه فان بدأوه
قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر
زاده ان عندنا يجوز ان يبدأوا بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز
حتى يبدأوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف
الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع
وهذا لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع
شرهم فاذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم و
يحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن
ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اعانة اما اعانة الامام الحق
من الواجب عند الغنا والقدرة وان كان لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم
دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر
دونه وقال الشافعي لا يجوز في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا
لشرهم وجوابه ما قلنا ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبي لهم ذرية ولا يقسم لهم
مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال
وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل
الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس
والمال ولا بأس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي لا يجوز
والكراع على هذا الخلاف له انه مال المسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان
عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك
ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى
فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا
يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم
بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان

حبس

حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها وما
جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ
له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزئ من اخذ منه لوصول الحق
الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا
ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف
وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقير وقد بيناه في الزكاة
وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل
البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا
كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا
ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك
وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا
فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على الحق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته
وانا اعلم اني على باطل لم يرثه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث
الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله اصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي
او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل
لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد
وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان
اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم رواه الزهري ولانه اتلف عن
تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في
منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا
التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية
قبل المنعة وعند عدم التأويل يثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة
في حق الشرع اذا ثبت هذا نقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي
يوسف في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة هنا
الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث

فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرط بقاؤه على ديانته فاذا افاق كنت على الباطل لم يوجد الدافع
فوجب الضمان ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية
وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة وممن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة
في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة
الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا بيع الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من
احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني ادم انما هو الحرية
وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي
لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا جنايته فيه والملتقط متبرع
في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان
التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده وان ادعى
مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس
ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه
لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حق نفسه دون ابطال حق الملتقط وقيل
يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على
القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة
في بدنه فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما
علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه
في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة لان البينة اقوى وان وجد في مصر من
امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما
وهذا استحسان لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت
بالدار وهو مضر فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى
اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا
رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلف

الروايات فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ
اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين
فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احد ابويه يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر
الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم
البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد
تلد له الحرة حرا فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد
والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه
فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد
اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي
لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من
الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة
ولا تصرفه في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك
يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما ويجوز
ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا ويملكه
الام ووصيها ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره
وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية
وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه
العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على
هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف
الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه
اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وكان كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه
يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود
عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما

انه اقر الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبريه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك
فلا يبرا وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه و
يكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة
او اكثر لانه اسم جنس وان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا
عرفها حولا وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله اياما معناه على حسب ما يرى و
قدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي
لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول
ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما
فوقها في معنى الالف في تعلق القطع في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في
معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في
معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به والصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس
بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك
ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به
وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى
صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون
القاؤه اباحة حتى يجوز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان
التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى
المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها
وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها
رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء
امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه
فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف
بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى
غيره بغير اذنه الا انه من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول
مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه

وان كان قايما اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال
مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحرا فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما
ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع عن
نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم
ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط
عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك
دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغايب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على
ما نبين ان شاء الله تعالى واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة اجرها وانفق
عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد
الابق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها
ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل
النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يامر بالانفاق
يومين او ثلاثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارة
النفقة الدارة متستاصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة وفي الاصل شرط اقامة البينة
وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يامر فيه بالانفاق وانما يامر في الوديعة
فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضا وان قال لا بينة لي يقول القاضي
له انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع
ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما
يرجع على المالك بعد ما حضر ولم يبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه
رواية وهو الاصح واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها حتى يحضر النفقة لانه
حيي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك
راد الابق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه
في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال
ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف الى ان يجي صاحبها
لقوله صلى الله عليه وسلم في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم

اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة
التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتاويل ما روى انه لا يحل الالتقاط
الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا
واذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط
ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل ان
يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا
ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة
لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة
اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء
صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله
صلى الله عليه وسلم البينة للمدعي الحديث وياخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا
بلا خلاف لانه ياخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه
قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع
مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور به هو التصدق لقوله صلى الله عليه وسلم
فان لم يات يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة
وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير
ولانه انما يباح للفقير حملا له على دفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال
الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه
او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة
التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن
الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع بها لما فيه من
تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او
ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل
في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه افضل

لانه لا يبرح مكانه فيجده مالكه ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق ياتي به السلطان لانه لا يقدر
على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه
لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال ومن رد الآبق على مولاه من
مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه
وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع
بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل
الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين
في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل
على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال
فامتنع ولانه لا حاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق
يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل
تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر وان كانت قيمته اقل
من اربعين يقضي له بقيمته الا درهما وهذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان
التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف
الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك
فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر بمنزلة القن اذا كان
الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان
بالموت بخلاف القن ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين
على الاخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال
فان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه
في اللقطة وذكر في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك
ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء
الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا
بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان
كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز

قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه
اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل
له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء
الثمن وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ
الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده
سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه وان كانت
اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن
الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين
وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من
يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء
ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب
في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف
فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل
له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

باب المفقود

اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم
انه حي او ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقوقه لان القاضي
نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون
وفي نصب الحافظ لماله والقايم عليه نظر له وقوله ويستوفي حقوقه لاحقا انه يقبض
غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب
بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له
في عقار او عرض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نايب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة
القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك
في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغايب وانه لا يجوز الا اذا راه
القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر
عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد

في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغايب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظه
الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على
الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير
قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها
في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء
على الغايب ممتنع فمن الاول اولاده الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار
ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة والعم والعمة وقوله من ماله مراده من الدراهم و
الدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة
وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد
القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة
والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما
ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح
وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون
لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه
وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد
من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه
وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امراته و
قال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج
من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه
منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي المدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد
هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها
هي امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في
المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح
بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا

فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين سنة وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود من احد مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذا اذا اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به اصلا لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن فطلبت الابنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما من غير صنع احدهما او خلطاها خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور

ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بيناه الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم … ولا سراة اذا جهالهم سادوا
اي متساوين فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح فيه الشركة ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا وفي قول اصحابنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين كانا او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما مجوسيا والآخر كتابيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن المولى ولا بين المسلم والكافر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس

قال

تصرف

المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها المسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين ولا
بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة
لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان صار عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ
هو يكون خاصا وقد يكون عاما وتنعقد على الكفالة والوكالة لتحقق المقصود
وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات
وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام
اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد
منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه
في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة
معلومة الوقوع فلا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء
فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن
ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه
قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما
يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فيما يصح الاشتراك فيه الشراء
والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد وعن النفقة ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولو صدر
من المريض يصح من الثلث فصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رحمه الله
انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه
اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء
لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء
وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة
فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح الاجل فيه فلا تتحقق معاوضة ولو
كانت الكفالة بغير امر لا يلزم صاحبه هو الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق
الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند

ابي

قال
قال
قال
قال

ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة انتهاء وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب له
ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي
شرط فيها ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه
الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه
غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح
فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير
والفلوس النافقة وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس
واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس
يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم
يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما
من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن
ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فلم يكن ~~ربح ما لم يضمن~~ ولان اول التصرف في العروض
البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء
احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها
تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى
لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانها على ما عرف اما عند ابي حنيفة و
ابي يوسف رحمهما الله فلا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة
وتصير سلعة وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة
صحة المضاربة بها ولا تجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بها كالتبر والنقرة فتصح
الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب
او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال
في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا
ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف
انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن
الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري

فكان ربح ما لم يضمن

قال

التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال
ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف
فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وإن خلطا ثم اشتركا
فكذلك عند أبي يوسف والشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد رح تصح شركة العقد وثمرة
الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية
ما قاله أبو يوسف لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ووجه قول محمد أنها ثمن
من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه حيث إنه يتعين بالتعيين
فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا
جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق
والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ومن جنسين من ذوات
القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض فإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال
وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة
قال رحمه الله وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله إذا
كانت قيمة متاعهما على السواء وإن كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما
تثبت به الشركة وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك
اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على
الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من
الاعتراض يقال عن له أي اعترض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت
بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة
ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل
فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة
يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في
الأصل ولهذا يشترطان الخلط بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح
كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى أو أكثر

عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح
لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه للعامل
أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل
في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة و
قلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال
ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليس
بشرط فيه إذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح به للوجه الذي
بيناه ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم
بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه
فإن عندهما هو شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنذكره إن شاء الله تعالى وما اشتراه
كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة
والوكيل هو الأصل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه إذا أدى من
مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه فإن كان لا يعرف
ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول قول المنكر
مع يمينه وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة لأن
المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود
عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان
فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان وك
كذلك إذا هلك أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله فإذا فات ذلك
لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته فأيهما هلك هلك من مال صاحبه إن هلك
في يده فظاهر وكذلك إن كان في يد صاحبه لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث
يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وإن اشترى أحدهما بماله وهلك
مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لأن الملك حين وقع وقع مشتركا
بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة
شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد رحمهما الله حتى إن أيهما باعه جاز البيع لأن

الشركة قد تمت في حق المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه
بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه
هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك احدهما
ثم اشترى الاخر بمال الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى بينهما على
ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة
فيكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة
ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة
حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح
بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي
لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل
بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين راس المال
بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو بعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة
على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس فيشترط الخلط
ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال
لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد
يسمى شركة فلا بد من تحقق هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم و
الدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح براس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه
في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط
تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد
الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما
دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر
المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان
ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولانه له ان يستاجر على العمل والتحصيل
بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال
ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك

لانه

لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود
تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف
الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل
بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء
حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال
ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار
كالوديعة قال واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان
يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا و
قال الشافعي وزفر لا تجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من
راس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه
ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا
في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا
لزفر ومالك فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت قال ولو شرط العمل
نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة
عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه وصار كشركة الوجوه لكنا نقول ما
ياخذه لا ياخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان راس المال عمل و
الربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم
بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح
ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم
شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في
المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس بخلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة
والكفالة تقتضي المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان
الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل فهو مضمون على الاخر ولهذا يستحق
الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال
واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا

فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانها تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والكفالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه في الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتتعين الاولى فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها **فصل** في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الاخر او قلعه وجمعه وحمله الاخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل

شركة

شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تبع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما يستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الاخر لانه عزل قصدي **فصل** وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكاة مال الاخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكاته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الخلاف المامور باداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الامر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لانه في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الامر لم يضمن المامور علم او لا ولابي حنيفة رحمه الله انه مامور باداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على الخلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطاها ففعل فهي له بغير شيء في قول ابي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان

الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه
حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه
الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن
بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد
فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ
بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار
كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف
الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف
يزول بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رحمه الله الوقف لغة
هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين
على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم
لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير
لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى
على وجه يعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح
بالدليل لهما قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق
باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل
ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع
وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى
والحبس الوقف بلغة اهل الحجاز وعن شريح رحمه الله جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس ولان الملك
باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى
ان له ولاية التصرف بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال الملك لا
الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه
جعله خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وهنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا
لله تعالى قال رحمه الله في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم
الحاكم صحيح لانه قضى في فصل مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه

تصدق

[margin:] الحكام

[margin:] ولا يوهب م

[margin:] فيه بصرف غلاته الى المصارف ونصب القوام فيها الا انه تصدق بمنافعه فصار شبه العارية ولانه يحتاج الى التصدق م

تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى
فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية
بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث
والوقف في الصحة من جميع المال فاذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف
وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي
لانه حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء
لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة في
اذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج عن ملك الواقف
ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه
كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رحمه الله تعالى
وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع
جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا ما يتم به وقال محمد
لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل
القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد و
المقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة
يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان تقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة
ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة
ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف
ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وقفه او
وهبه في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه
لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة ولا
يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف
رحمه الله اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف
زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر
عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود

[margin:] نسخة

[margin:] قال

هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف
الى جهة تتابد فيصح في الوجهين وقيل التابيد شرط بالاجماع الا عند ابي يوسف لا يشترط ذكر
التابيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق
ولهذا قال في الكتاب في بيانه قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد
ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا
فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلابد من التنصيص ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة
رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع
الارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع
والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه
تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله تعالى وابو يوسف معه فيه
على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار
المشهورة فيه منها قوله صلى الله عليه وسلم واما خالد فقد حبس ادرعا له في سبيل الله تعالى وطلحة
رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى كراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان
العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل
من المنقولات كالفاس والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف
وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر
عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه
الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد
تمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز
وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه
لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتابد
لا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث
التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتابد والجهاد سنام الدين فكان معنى
القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون

مشاعا

مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا
واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى
المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم
ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد
الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه
الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما
ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف
وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته
شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا
بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى
بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم
هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي
مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته به وانما يستحق
العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف
لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست
بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفه الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على
الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى
العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال وان وقف دارا على سكنى ولده
فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى
بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها
الى السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها
تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه
امتناع صاحب البذر من المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه
في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف
وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج

الى عمارته فيصرفه فيها لانه لابد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان
مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة
فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى مرمته صرفا للبدل
الى المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا
حق للموقوف عليهم فيه انما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم
واذا جعل الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال ذكر فصلين شرط
الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس
قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على
الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط
البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء
سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا
فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان
اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه ووجه قول محمد ان الواقف يتبرع على وجه التمليك
بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه
لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف
ما روي انه عليه الصلاة والسلام كان ياكل من صدقته والمراد منه صدقته الموقوفة ولا
يحل الاكل منه الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة
على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا انه
يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة و
شرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه
ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل
به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل
ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رحمه الله تعالى
وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول
ابي يوسف وهو قول هلال رحمهما الله ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام

ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا
الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف
فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه
فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى
هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن
فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو كان الواقف شرط
ولايته لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي ان يخرجها من يده
نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان
ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل

فصل واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس
بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رحمه الله عن ملكه اما الافراز
فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله فيشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه اولانه لما تعذر
القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة
وكذا عن محمد لان فعل كل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه تشترط الصلاة
بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف رحمه الله يزول ملكه عنه بقوله
جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير
خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل ومن جعل
مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله
ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا
به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه
انه اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد
وذلك يتحقق بالسفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم و
اذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين
حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل

الذي اجاز ذلك كله وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني
له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا
بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد
انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف انه يصير مسجدا
لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما
يدخل في الاجارة من غير ذكر قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه
لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط
العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول
المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد
يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير
المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل
الى مسجد اخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه
مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقرا
بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف
يزول ملكه بالقول وهو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى
الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده
شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى
هذا البير والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف
عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير
للمتولي فيه وقد قيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح
التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة
السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة
ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل دارا في غير مكة سكنى للمساكين
او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله
تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقرا

تخلص

دون

دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البير والسقاية وغير ذلك يستوي
فيه الفقير والغني والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك
الغلة للفقرا وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة يشمل الغني والفقير
في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى اعلم

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والاخر
اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه
فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك
وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يودي معناه
والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق
التراضي قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان
شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا
لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد
الى اخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا
للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب
واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم
رضا الاخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد منهما لانه صفقات معنى وايهما قام
عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على
ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب
او عدم روية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر فلا يجوز والحديث
محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله
فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها
في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة
والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد
وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها

تمنع الجواز هذا هو الاصل ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي ثوبا الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما ولا يجوز اذا كان الاجل مجهولا لان الجهالة فيه مانعة من تسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربو ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع لانه لا يفضي الى المنازعة وهو وجه الجمع بين المسئلتين كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة

وكذا

وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا ترى انها عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضى وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا بالمشروط وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه لو حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط قال ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة

بمائة درهم

بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذ الكل فوراع

العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف
ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل
واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط
في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو
عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير
خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف في الاول ياخذه باحد عشر
ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد في الوجه الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي
الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه
فيجري عليه ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد
انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو
مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه
لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى
هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه
لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له
ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه
البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع
الذي فيها قال ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع لقوله صلى الله عليه
وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان
كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع
وكذلك اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه و
تسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي تترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع
لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع وصار كما اذا انقضت مدة
الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض
كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون
في الحالين للبايع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير

ذكر

ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل فيه لانه مودع فيه
كالمتاع ولو نبت ولم يصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على
الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر
الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او
قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او مرافقها دخلا فيه واما الثمر
المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال ومن باع ثمرة لم يبد
صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في المآل وقد
صلى الله عليه وسلم من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمبتاع بالشرط
وهذا بيع ثمرة لم يبد صلاحها وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى
المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البايع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع
فان شرط تركها على النخل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك
الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك
لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه
محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي
يزيد بمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البايع طاب له الفضل
وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما
تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها
على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة
لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض
الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو
اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر
التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه
في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه
قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء
مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن

وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد
عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف
استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها
والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز
واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك
كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن
العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه مالا
متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه
بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه
لا يدري قدر ما في السنابل قال ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل
فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه
بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع
اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة
الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمهما الله
لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز
ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على
المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج
الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري
ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق
البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة
بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم
احدهما في الدفع باب خيار الشرط قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري
ولهما ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري

رضي الله عنه

رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار
ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله وقالا يجوز
اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار في البيع الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل
في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما
جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة
الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا
فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم
واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل
المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد
فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه
ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد
في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة
مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به
وقد مر ابو حنيفة رحمه الله على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وابو يوسف رحمه الله
اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر وهو
انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد
للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا
يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار
ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا
في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري
اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع لان البيع في
جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع

وكذا لمحمد في تجويز الزيادة

نظر له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج
عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي
حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان
في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة فلا
لخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من
غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله
عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك
لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول
العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف ومن اشترى امرأته على انه
بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها
لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد
وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار
وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا
كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير
كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزئ به
من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما
يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له
عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك
في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال
المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه
البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه
وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله و
منها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك
ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن

ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز
وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من
جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع و
لهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق
فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته
مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل
بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك
الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه الخبر
في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ
حصول قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث
عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار
ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب
لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين
يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى
شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط
الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب
العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار
لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو
نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما
نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه
غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه
الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني ان الفسخ
اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما
التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك مما

اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبرهما
قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد فان
باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار ~~ثلثة ايام~~ في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة
على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في
الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج من العقد اذ العقد
مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل
الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن
معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر لكن هذا غير
مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل الثمن ولا
يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين جميعا اما لجهالة المبيع او
لجهالة الثمن ومن اشترى احد ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة
ايام فهو جائز وكذلك الثلاثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد
في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى
دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه
يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه
الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد
والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار وكذا
في الاربع الا ان الجهالة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية
الحاجة م
الى المنازعة ولا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار
التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير
فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت
خيار التعيين بالثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله وبمدة معلومة ايها كانت عندهما ثم ذكر
في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة
اشترى م
احدهما والاخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه
بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن

كل

كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو
مات من له الخيار فللوارث ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا
يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط فلا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا
على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضى لان طلب الشفعة يدل على
اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط
الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير
يحتاج اليه مذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار
فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده وعلى هذا خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثباته لكل
واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه
غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة
اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه
خباز او كاتب فكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه
ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد
العقد بعدمه بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات فصار كفوات وصف السلامة
واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد
على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه
ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي
الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا
قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله وحق
الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضى بالشيء قبل العلم
باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت ومن باع
ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب
وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضى زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم

ان اثبات الخيار لهما

قال

٧ عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده

باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البايع راضيا بالزوال ووجه المرجوع اليه انه
معلق بالشرى لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة
من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني ... بعت ما لم
اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه وكان
ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد
ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان
تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فيبطل الخيار
وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من
غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضى ويبطله بعد الرؤية لوجود
دلالة الرضى قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية
او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط
لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشيا فان كان
لا تتفاوت احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية
واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما راى فح يكون له الخيار وان كان يتفاوت
احاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل
فيما ذكر الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة واذا ثبت
هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض
بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا
كموضع العلم والوجه هو المقصود في الادمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية
المقصود ولا يعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم رؤية القوايم والاول هو المروي
عن ابي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة
القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف
للمقصود وان راى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا راى
خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل

البيوت

واحد منها صح

البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة
يومئذ واما اليوم فلا بد من الدخول في داخل البيوت للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع
العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول
كنظره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان يرده قال رحمه الله معناه الوكيل
بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون
اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا
وله ان القبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا
لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل
لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا
بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار
الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار
وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا
وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك التسليم والقبض اذا كان رسولا في البيع قال
وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد ذكرناه من
قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم
وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف
له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو
كان بصيرا لراه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في
موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة واجراء الموسى
مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا
اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر انفا قال ومن راى
احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية
الاخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا
للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا
يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية

يقام

بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم
اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل
له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضى به وان
وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا
في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على
ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث و
المشتري ينكره فيكون القول قوله قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او
وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج
من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها
بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله
وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة
السرخسي وعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله تعالى

باب خيار العيب قال واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم
ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري
ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض
لان ذلك رضى به قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش و
السرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه
اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك وان
حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر و
البول في الفراش في الصغر لضعف في المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر
لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما في الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من
يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا والجنون في الصغير عيب ابدا ومعناه

اذا

اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرده لانه عين
الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط
المعاودة في يد المشتري لانه الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة
للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به
وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان
الداء عيب قال والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية
وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون
الزنا عادة له بان تكرر اكثر من مرتين على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر
عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل
الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب فلو كانت الجارية
بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء و
يعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح
قال واذا حدث عيب عند المشتري واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان
ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع
ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه
لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع
الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع
لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضى البائع فيصير
هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه
احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة
لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة
ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه
فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله
فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعلى هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده

الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في
الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات
عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله
فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل
محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء
يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه
تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله
وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض
فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل
فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم
دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا
وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه
لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع
وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في
المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون
منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء
ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما
انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا
فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا
يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده
لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي
يرده لان الكسر بتسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه وصار كما اذا كان ثوبا فقطعه
ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل
ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع

قلنا التسليط

بكل

بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه
المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او ببينة او باباء يمين له ان يرده
على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه
صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف
الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد
والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له
ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع
الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا
يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما
لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا
فقبضه ثم ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر
وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه
بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا
لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف
لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم
العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري
البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن
انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله
لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلف بالله ما له حق
الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق قط عندك اما لا يحلفه بالله لقد باعه
وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر
للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب الرد والاول ذهول
عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع
ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده
يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما ان الدعوى معتبرة حتى

يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وعلى ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى
صحيحة وليس تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين
عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رحمه الله اذا كانت الدعوى في اباق الكبير
يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ
قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتكها واخرى معها
فقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض
فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض
لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما فوجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما
او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان
القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا
فيه ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة
تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفا الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر
هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الردي الى الجيد
فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض
تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق
احدهما ليس له ان يرد الاخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده
كله او اخذه ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد
الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان
في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر ولو استحق
بعضه لا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
لان تمامها برضى العاقد لا برضى المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل
القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص
فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى
جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضى لان ذلك دليل قصده

الاستبقا بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضى اما
الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد منه بدا
لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرنا
يكون رضى ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ
الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف
اذا قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه
لكنه معيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة
فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب
يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او
قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد
البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعنده لا يرده بدون
رضى البايع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن فان قبله فبثلاثة الارباع لان اليد من
الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي
ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير
على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري
يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضى به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق
لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان
لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء من الحقوق
المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح
ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة
الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض
عند ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت و
لابي يوسف ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن

الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

قال اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع
فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رحمه الله هذه فصول
جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر
والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل
لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان
العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا
من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع ام الولد
والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع
مضمونا في يد المشتري وفيه خلاف الشافعي وسنبينه ان شاء الله تعالى من بعد هذا وكذا بيع الميتة
والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين
كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله
وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل
الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا
اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها
تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر
فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة
الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة
قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت
لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر
في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق
المولى فلو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله ولا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان
والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف للشافعي وقد ذكرناه
في العتاق قال وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة

وقالا

وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر
الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف
المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما
تلحق بحقيقته في محل تقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس
دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصارا كمال المشتري
لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا قال ولا يجوز
بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه
غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا
اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في
الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا
النتاج لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن
في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع
بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل
فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها وبخلاف القصيل لانه يمكن
قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على
ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع من سقف وذراع
من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة
دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة
ايضا قال ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال
المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقها
واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجودة قال وضربة القانص وهو
ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر
على رؤس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة
ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بمثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه

بحنطة

فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له على النخل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدا قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب البانها لا يجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يوكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد

العقد

ان

العقد اذا كان في يده ان كان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد ولا بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الادمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها اما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضد وهو الحي ولا حياة في اللبن ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد في قرون النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه وحده لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع

بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للبيع باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار
مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب
الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين
بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين
المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى
قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما
بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على
السطح فهو حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي
على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق
المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية فاذا هو غلام
فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على
الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق العقد بالمشار اليه وينعقد
لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا
الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات واحد للتقارب فيها
وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا
جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم
باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان
الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول
او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد
ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه
وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل
اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض
لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى
معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع

فاسد

ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا
الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع
لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربا او لانه طارئ لانه يظهر
بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه
فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن
الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في
زق ورد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول
قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض
ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في
الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر
او بشرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف
الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فغيره لا يوليه
ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي
حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا
يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه
ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع
فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب
فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته
بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد
المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة
فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو
كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط
ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى
المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه الشروط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه

والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه
وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لانه يشترط فيه ولو اعتقه المشتري
بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع بعد القبض حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا
تلف بوجه اخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما
ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلايم لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق
الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه اخر لم يتحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد
العتق تحققت الملايمة فيترجح جانب [illegible] الجواز وكان الحال قبل ذلك موقوفا قال
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه
المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد
المتعاقدين ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى
يقابلها شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها يكون اعارة في بيع وقد نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى
راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا
لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها
فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد و
الحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل
يتناولها فالاستثناء على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به
والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد
في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل
بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا
والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى
خدمتها لان الميراث لا يجري فيه ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا
او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه

بصير

يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البايع او يشركه فالبيع
فاسد قال رحمه الله وهذا جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز
للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع ولا يجوز البيع الى النيروز
والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة
الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه
معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان
مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك
الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات
جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه جهالة يسيرة مستدركة لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انه يتحمل الجهالة في اصل الدين بان
يكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يتحملها في اصل الثمن فكذا
في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان
هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل
العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل
قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال
زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى
اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زايد
لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد
لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد
النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه
خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في
العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد
بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا
كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع

منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن
جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول و
لابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه
ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد
بخلاف النكاح لانه لا يفسد بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا
تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في
الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا
اشارة الى البقا كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط
القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع وفي العقد عوضان
كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور
فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار
كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه
الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع
وبه ينال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل
القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع
من المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده
بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر ثمنا
فقد خرجناه وشيء اخر ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان
يكون القبض باذن البايع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس
العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته
قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس
العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن

البيع

البيع فهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن
وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه
بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل
واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون
الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد بشرط زايد فلمن له الشرط ذلك دون
من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له فاذا باعه المشتري نفذ بيعه لانه
ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول
لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني
مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البايع
بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في
المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه
واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ
تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر
والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ودفع الفساد
عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبايع الفاسد ان ياخذ
المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البايع فالمشتري
احق به حتى يستوفي الثمن لانه تقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته
كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد
وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا
بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب رحمه الله عنه
في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد
الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج
فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما
اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع

حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة
المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رحمهما الله وقد
نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق
البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها
وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما تتعين
فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم
يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه
فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق
العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع
او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة
الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذا اذا ادعى على اخر مالا فقضاه
اياه ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث
لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق
مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل** فيما يكره قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه الصلاة والسلام
لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم
اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان
على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الاخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على
ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر
باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه
من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي وقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع
الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا
في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال
والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض
الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به

البيع

البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا
باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا
ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه **نوع منه** ومن ملك مملوكين صغيرين
احدهما ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب
عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان
فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس
بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من
التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة
للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز
التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما
في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو
كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب
لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك
لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر
من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين
فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه الصلاة والسلام
فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين والله تعالى اعلم **باب** الاقالة الاقالة جائزة
في البيع بمثل الثمن الاول لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم
القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل
فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع
جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
رحمهما الله الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله
ان فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد ان اللفظ

للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو
البيع الا ترى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا
هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه
احكام البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل
اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه
ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث امر ضروري لانه
يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت
هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع
ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف
البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا فلا يمكن اثباتها في الرفع وكذا
اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل
بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي
يوسف وعند محمد ~~هو فسخ بالثمن الاول~~ جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع
وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول
لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى
بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما قلنا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول
فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما
بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ
وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا
عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع
صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع
دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان
تقابضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما
مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة

المرابحة نقل ما يملكه بالعقد الاول بالثمن الاول

مع زيادة ربح والتولية نقل ما يملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح
فالبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع
لان الغبي الذي لا يهتدي الى التجارة يحتاج الى ان يعتمد قول الذكي المهتدي ويطيب
نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على
الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد
الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير
شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه
اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة فلا تصح ولو كان المشتري مرابحة
ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او شيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على
الوفاء بما التزم فان باعه بربح ده يازده فلا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته
لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ
والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في
عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه
بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف
باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق
الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف
اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في
المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان
اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد
يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب
فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ان الاصل فيه
كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن
الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية
قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في
التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط

بيع مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك
قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن والروايات الظاهرة لانه مجرد
خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم
الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان
باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى
شيئا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام
علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان
العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا
تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابت لانه يتأكد به
بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا
ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا
بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره قال واذا اشترى
العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد
لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي
الاعتبار الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه
للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف
فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر و
نصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى
ماله بماله لما فيه من الاستفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة
ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما
في حق الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا
يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا
لو فاتت قبل التسليم لا يسقط من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة

فيما

فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما
اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي اما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي
فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها
شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن
وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان
ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما بالف
درهم نسيئة فباعه بربح مائة حالة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء
قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة وهذا
ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين فباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على
المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة واذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه
ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم
يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول
وان كان استهلكه ثم علم لزمه الف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة و
يسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق
وسيأتيك من بعد هذا ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل
ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان
المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام
عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني
في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق
قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان
الرضى لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا
مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما
لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل
القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق

الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ركن البيع صدر من اهله في محله ولا
غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث
معلول به عملا بدلايل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة
المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او
اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل
او الوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البايع
وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب
مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البايع قبل
البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد
البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم
الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه
اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى
التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى
المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى
عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض
جايز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين
بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد في
المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان
باصل العقد وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء
الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل
العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتداء
ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه
رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار
كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم يلتحق باصل العقد لانه وصف الشيء يقوم

مطلب تاجيل القرض

لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار
الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الاستحقاق في التولية والمرابحة
حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في
الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت
فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة
يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما
يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار
موجلا لان الثمن حقه فله ان يوخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا
موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت
متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال
اذا اجله صاحبه صار موجلا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتدا
حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتها
فعلى اعتبار الابتدا لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار
الانتها لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربو وهذا بخلاف ما اذا اوصى
ان يقرض من ماله فلانا الف درهم الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه
قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربو

قال الربا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن
مع الجنس قال رحمه الله تعالى ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشيا
الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين
بالرفع مثل والنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر فالحكم معلول
باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه
نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة
في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به

والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا
والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه
تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس
عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة
بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى
فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين
في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان
في اعتباره سد باب البياعات او لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء والطعم و
الثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج
اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل والموزون
بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما
يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا
لم يجز لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربا الا مثلا بمثل لاهدار
التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة
بالمعيار ولم توجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند
الشافعي العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو
في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم
بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز
لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل
والنسأ لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنسأ
لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل ان يسلم
هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النسأ باحدهما
وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسأ لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا
شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة
اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في

المالية فيتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران
ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن
بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين
بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران
واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لا يجمعهما القدر من كل وجه
فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله
صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل
الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا
مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم
ينص عليه فهو محمول على عادة الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف
على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور
اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه
متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما
اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم
قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ولو باع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن
حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال
لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد
الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم
الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى
وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي في بيع
الطعام له قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس
يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط
فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هي التمكن من التصرف ويترتب ذلك
على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام
يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة ابن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا

في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه لوجود
الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما
واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين و
لهما ان الثمانية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فيبطل باصطلاحهما
واذا بطلت الثمنية يتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد
اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها
للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بكالي وقد نهي عنه وبخلاف
ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة
بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار
فيهما الكيل ولكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات
الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة
متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا
بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود
قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية بغير
المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر
ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا
من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالحل بالسمسم ولهما انه باع
الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه
يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسألة لان الوزن في الحل يعرف قدر الدهن
اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل
نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدي رطبا

اكل

اكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث
وان كان غير تمر فباخره وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم
ومدار ما رويناه على زيد ابن عباس وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب
بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة
المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر
وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع
منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر
المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف
عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر بما رويناه لهما واما وجه
الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين
على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا
في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا
في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى
حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول
ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة
قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما
في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربو
اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض
الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة
فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا
الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع
قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والغنم و
الابل فاما البقر والجواميس جنس وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال
وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا
ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكاة فكذا اجزاؤها اذا

لم يبدل بالصنعة وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما
ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد
قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني
والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز
صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت
الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا
السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة
لانه لا يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد يجوز بهما
للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا ربا
بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان ماذونا
له ولو لم يكن له دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما بيده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين
مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله
لهما ان الاعتبار بالمستامن منهم في دارنا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين المسلم
والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا
مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله محظور بعقد الامان
باب الحقوق ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل
حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو له فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت
بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين
المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو
من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء
لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه
يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار
يدخل فيه العلو تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا

يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو
في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في
الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ومن اشترى بيتا
في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او
بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع
فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ
المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه
اما الانتفاع بالبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه
من غيره فتحصل الفائدة باب الاستحقاق ومن اشترى جارية فولدت عنده
فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل يتبعها ولدها
ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل
والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة
صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون له الولد ثم قيل يدخل
الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه يشير المسائل فان
القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان
في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد
قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة
لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد
ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه
على كل حال وعن ابي يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة و
الموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني
عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره
باني عبد اذ القول قوله في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر
رجوعه على البائع دفعا للضرر والغرور ولا تعذر الا فيما لا يوقف مكانه والبيع عقد

معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس
بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والسلم
مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبؤ بقوله
فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر
الاستحقاق فيرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله
لان الدعوى شرط في حرية العبد والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع
في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط
لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع
الاستبدال للمولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب
يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه
الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان
يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها
شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل
ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا
يفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار
ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية
لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف
تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره
بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه
عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان
الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع قال وله الاجازة مادام المعقود عليه
باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام
العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل
لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن

دينا

دينا وان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة
نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا
او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك
لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة
غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو
قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة
لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه
المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة يثبت مستندا
وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح
ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا يعتق ولا يعتق المشتري والخيار للبائع
ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا
حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان فكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا
ادى الضمان ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر
فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري
من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ
اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب ليس بمطلق
وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا
باع لانه بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله وما
اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال
فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم
له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق
يكون الارش للمولى وكذلك اذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز

البيع فلا شئ للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن
لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز
المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم
الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه
الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان
الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب
البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل
ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري
ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره
بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامر بالبيع واراد
رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشرا اقرار منه بصحته والبينة
مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق
بينهما فلهذا اطلب المشتري قال رحمه الله وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق
مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه
المسئلة في يد المشتري وفي تلك في غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون
العين سالما للمشتري قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن
البائع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف اخرا وكان اولا يقول يضمن البائع
وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة وقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله
تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول اية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا تداينتم بدين الآية وبالسنة وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه لما روينا
ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات
لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد

بالموزونات

بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح
السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا للمقصود المتعاقدين
بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل
اوجب العقد فيه فلا يمكن قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع و
الصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في العدديات
التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الصفة مقدور
التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت
بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الاحاد في
المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه
يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا
لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة
يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما
وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد
رحمه الله لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما ولا يعود وزنيا
وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما
ببيان الجنس والسن والنوع كالبختي مثلا والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه
الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة
فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما تتفاوت الثوبان
اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان و
يدخل فيه اجناسه حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت اذ هو
عددي لا معيار له قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت
الا اذا عرف ذلك بان يبين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان
على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين
المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما
بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة

على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو
صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل
ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد
وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق
المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه
معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم
فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا
معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز
وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط
الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه الربا الفضل بخلاف
لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في
سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع
العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد
التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف المقبوض به في وقته اما الوصف
فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص
في السلم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا
لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على
التسليم لم يوجد المرخص فيبقى على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما رويناه ولان
الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل
اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل
بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة
وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان
كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه

كذا

كذا عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد تعتريه آفة
فلا قدرة على التسليم واليه اشار عليه الصلاة والسلام حيث قال ارايت لو اذهب الله
الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على
ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يجوز السلم عند ابي حنيفة رحمه الله
الا بسبع شرائط تذكر في العقد جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم
كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا
كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما
بينا ومعرفة راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال
اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما
في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه
ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي
او ربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد
كالمتحقق لشرعه مع المنافي وصف بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع فيه
لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين مقدار احدهما
ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه
مكان اخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي
حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين
فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان
وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده
يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى
هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما
شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو
اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء
قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته

ويوفيه في مكان الذي اسلم فيه قال رحمه الله تعالى وهذا رواية الجامع الصغير في البيوع وذكر في
الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو
عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين
المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح
السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق
عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم
اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبيان عن التعجيل فلا بد من قبض احد
العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال لينقلب المسلم اليه فيه
فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما
لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار
الروية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار
الشرط قبل الافتراق وراس المال قايم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها
في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفا
والقدرة على تحصيله فان اسلم مايتي درهم في كر حنطة ماية منها دين على المسلم
وماية نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد
لاستجماع شرايطه ولا يشيع الفساد لان السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس
المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في
البيع الا ترى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد
صحيحا قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول
فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان
تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله
صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع
فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل
المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس

لانه ليس في حكم الابتدا من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن اسلم
في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء عن
حقه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه
جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه
وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان
كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين
حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء
وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد
بلفظة الاعارة فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان في كر
قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غراير رب السلم ففعل
وهو غايب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه
في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغراير منه وقد جعل ملك نفسه
فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا
ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف
ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه
وفي الشرا للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه
وفي الشرا من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في
الشرا في الصحيح لانه نايب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غراير المشتري ولو امره
في الشرا ان يكيله في غراير البايع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرايره ولم يقبضها
فلا تصير الغراير في يده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من
بيت البايع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين
والغراير للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر فيه واما
الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها
في ارضه وكمن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ
بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل

التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي
من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شا نقض البيع
وان شا شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية
في كر حنطة فقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها
ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام
المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا
جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقا اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ
في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا
فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود
عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى
انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك
احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة
فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيا فالقول قول المسلم اليه لان
رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه
قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان
صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد
ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم له اجل فالقول قول
رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم
الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم
الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه منكر حقا عليه فيكون القول قوله
وان انكر الصحة كرب المال اذا قال المضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة
وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح
وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا
على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسيلة المضاربة لانه ليس
بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم لازم

فصار

فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة
ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة
قال ويجوز السلم في الثياب اذا سمى طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور
التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا
يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار
اللؤلؤ تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا باس بالسلم في الاجر واللبن اذا
سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط
صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا ضبط صفته
ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي
الى المنازعة ولا باس بالسلم في طست او قمقم او خفين او نحو ذلك ان كان يعرف لاستجماع
شرايط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال فان استصنع شيا
من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز
لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما
والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه
المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء
تركه لانه اشترى شيا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن
ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو
قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا
واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله
ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن
اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل
يصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق
لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل
بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله

انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع
شبهة فكان الحمل على السلم اولى **مسايل منثورة** قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع
المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه
غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت
مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه
فكان منتفيا ولنا انه نهى عن بيع كلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة
واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول
على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع
قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله صلى الله عليه وسلم فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل
ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله
صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم
مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم
على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن
امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسماية
من الثمن سوى الالف فهو جايز وياخذ الالف من المشتري والخمسماية من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن
والمثمن جايز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير
العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد
لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها
على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرايطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن
وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية فلم يقبضها حتى
زوجها فوطيها الزوج فالنكاح جايز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على
الكمال وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان
لم يطاها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي

وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن
اشترى عبدا فغاب المشتري فاقام البايع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت
غيبة معروفة لم يبع في دين البايع لانه يمكن ايصال البايع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال
حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره
فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن
اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه
لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا
فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع كله ويقبضه فاذا حضر الاخر
لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه
لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه
ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة
واحدة وله حق الحبس ما بقي منه شيء والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان
له الحبس عنه لما انه يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى
جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب
من كل واحد منهما خمسماية مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب
والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف اليهما الالف
فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه
زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل
ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير
الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال فيه جاز فيقع به
الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا
بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا فرخ طير في ارض رجل
فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه لانه صيد

وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب
الجزاء على المحرم بكسره او شيّه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك وصار كنصب شبكة
للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في حجره لم يكن
له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله
فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي
به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا
يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل
ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لم يجز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب
بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربو الحديث وقال جيدها ورديها
سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا
ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض
احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة
فلا يتحقق الربا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا
يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر
لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا
خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان
حتى لو ذهبا ماشيين معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل
الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب سطحا فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في
قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب
بالفضة جاز التفاضل لعدم التجانس ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الورق
بالورق ربو الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل
العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان
باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط

الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن
الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى
بها ثوبا فالبيع فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته
وكان ينبغي ان يجوز في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد
مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى
الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز
وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب
بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه لكن يشترط القبض في المجلس لما
ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال ومن باع جارية قيمتها
الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد
من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق
واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا اذا اشتراها
بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا
محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان
المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين
من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في
الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر ولانه لا يمكن تسليمه
بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير
ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق
والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه
او لا يدرى لا يجوز البيع للربا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت
قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قد قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه

وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه صح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض
الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة عيب في
الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره
التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل
جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير
لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجمل بالجملة ومن قضيته الانقسام
على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا
اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمسماية لا يجوز
في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال
بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا
بدرهم وثوب ثم افترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب
لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه
طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي
وهو ثبوت الملك في الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره
ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسايل اما مسيلة المرابحة لانه
يصير تولية في القلب لصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسيلة غير متعين لانه
يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس
بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد صحيحا والفساد في حالة البقا
وكلامنا في الابتدا قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع
وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا
فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي
فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل شيء اخر تبلغ قيمته باقي الفضة
جاز البيع من غير كراهة فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق
الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه

العشرة

241

العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى
المسيلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض
لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا
يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي
الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه ان شا الله تعالى والفسخ قد ثبت بطريق
الاقتضا كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسماية وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضا
وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول
والاضافة الى دين قايم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح
ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار
ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب
على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر
فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها
ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو
عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه
فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في
حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهي على الوجوه
التي ذكرنا في حلية السيف قال وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود
الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا
بضرر قال ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال
في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع
والاستقراض فيها بالوزن وان كانت بالعدد فبالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد
منهما لان المعتبر هو المعتاد فيها اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا
لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كانت
يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف ولا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا

ان كان البايع يعلم بحالها ليتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد اذا كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت فترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد عليه قيمتها اخر ما يتعامل به الناس لهما ان العقد صح الا انه قد تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع اوانه واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل فاذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلعة فلا بد من تعينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بينا ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله عليه مثلها لانه اعارة وموجبها رد العين معنى والثمنية فضل اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع من ايدي الناس لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة

جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جايز وبيع النصف بنصف الا حبة ربو فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما وهو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رحمه الله وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها كذكر كلها بخلاف ما اذا تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبها او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالب به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه في اول مرة لعله ما دري لماذا يدعي

ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق
امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه
مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا
لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في
السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع
لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة
فيها لم يحصل المقصود وكذا لو سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في
مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة وعندهما
لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ
لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة
لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن
الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح
لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل
وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعت
اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه
ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به بنفسه
من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل
الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه لم يوف به الى وقت
كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة
بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه
المال ولا يبرأ عن [illegible] الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة
بنفسه بالنفس اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه
تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من
حيث انه التزام فقلنا انه لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح
بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس

رجل

رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو
عدم الموافاة قال ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل
على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه
علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وان
بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح
الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها
الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه
خالص حق العباد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم
لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف
ساير الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت
نفسه به تصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب
به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل
يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحدى شطري الشهادة اما
العدد واما العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا
بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة
الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه
دين يطالب به ويمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن
اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه
التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا
يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا
صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان

مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار
كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا
صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله تعالى قال والمكفول
له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد
حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما
له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين
احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني
اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط
مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه
قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل
انه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع
او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل
ان يقول اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح
التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما
اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل
بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة
بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان
به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة
فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية
له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه و
بغير امره لاطلاق ما رويناه ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه
نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به
فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره فان كفل بغير امره لم يرجع بما
يؤديه لانه متبرع باداءه وقوله رجع بما ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء

فنزل

معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى

فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة
بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء
بخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب من الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ
الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل
الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال
فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه
لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى
منه برئ الكفيل لان براءة الاصل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان
ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز و
كذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا
عن الذي عليه الاصل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا
كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال
وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه فان صالح الكفيل رب المال
عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف
الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا
عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف
ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما
استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال
لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره
لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيرجع
وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء
وبالابراء فيثبت الادنى ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله مثل الاول
لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا
اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة

من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لانه ليس عليه المطالبة
دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد
بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص
معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه لا يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري
فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن
البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمونة بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة
وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا
والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما
يكون امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم
المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر
جاز لانه التزام فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح
الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة
نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل
لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه فاجاز ولم تشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في
الكفالة في النفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه
الرواية عنه ووجه المتوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو
تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس
قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل
به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم و
لهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا
لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط
القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة كالامر بالنكاح
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون
ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لانه كفل

بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو
تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين
هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المال وقد عجز
بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين
واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف
عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق
به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل
زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على
وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده فان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه
ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق
الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة
الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه
يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين
وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح في الحكم
لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم و
هذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو
ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه
على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد
بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه
لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية و
يرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له
قال ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء
للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض
من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في
نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين

الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل
هذا ضمان له يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيد وقيل هو توكيد فاسد
لان الخسران غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشرط
للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له
عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على ان له على المكفول عنه الف
درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى
لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستانف كقوله اطال
الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا
كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى
على الكفيل خاصة وانما يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر
وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع
ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضي بها بالامر يثبت امره وهو
يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه يعتمد
صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى
على الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول
صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان
الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته
وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون
الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البايع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما
وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع
مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب وشهد بذلك فهو تسليم
الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين **فصل** في الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا
وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن المتاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة
وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير

لحكم

لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة
واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير
ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يودي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك
بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن اخر خراجه ونوائبه
وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو بخلاف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا
لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري
النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفك الاسارى وغيرها جازت
الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف
المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي
النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد
بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر فقال
المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له
هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه
وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما
اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان
القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط
بان كان موجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه
الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم ياخذ الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البايع لان بمجرد الاستحقاق لا
ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البايع فلم يجب على الاصيل
رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية
فيرجع على البايع والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل وموضعه اوائل الزيادات في
ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة
مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البايع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد

البيع في م

اداءا

مائة م

بالثمن م

البيع بمجرد الاستحقاق فعلى قوله يرجع م

وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه
استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه
عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة
الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن
صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة
لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه
بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن
الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه
فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان
عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على
صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل
عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها
التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من
المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض
على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته
الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل
لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه
كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل
لا يوجب ابراء الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بينا ولهذا
يأخذه به قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع
الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه
حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر في الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان
كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه
بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما

اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في
حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه
على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى
اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام
المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال
في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا
جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصة
الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق
رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدي عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق
بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب
عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول
الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل
غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر
ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا
الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد
برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل
به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لانه على المولى رده
على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل
فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او
كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع
ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان
بامره اما الكفالة عن العبد تصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة
بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب
على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره
فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين غير مستقر لثبوته

مع الغنى فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز بنفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا
الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لانه من شرط الاتحاد وبدل السعاية
كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون
قال عليه الصلاة والسلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح
كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح
برضا المحيل والمحتال والمحال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما
المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في
حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة
برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا
ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة
فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن في
القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال
ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان البراءة
حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود
او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي
حنيفة رحمه الله احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان
العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث
وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي
عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل مال الحوالة
فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد
تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر
مع يمينه والحوالة لا تكون اقرارا بالدين عليه لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال
بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول
قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة

فيكون

فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز
لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه التزم الاداء الا منها بخلاف ما
اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة
بالدين ايضا وحكم المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه لانه تعلق به
حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت
له مطالبة فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه
به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض
استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية
القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان
حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان
اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء
والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه
لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة
او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا وقال الشافعي
الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر
انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل
ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بدونها وهل يصلح مفتيا قيل
لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذرا لنسبته الى الخطأ واما الثاني فالصحيح
اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي وهو
يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم فصار كالتحري
فانه لا يصح بتحري غيره ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قلد عليا رضي الله
عنه قضاء اليمن وهو لم يبلغ حد الاجتهاد ولانه يمكنه بفتوى غيره ومقصود القضاء
يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى
لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله

وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث
له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس
في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام
ما يبتني عليها قال ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه انه يودي فرضه لان الصحابة
رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول
فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره
بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضا فكانما ذبح بغير
سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطي ظنه
فلا يوفق له اولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضا دون
غيره فح يفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد واخلاء العالم عن الفساد قال وينبغي
ان لا يطلب الولاية ولا يسالها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضا وكل الى نفسه ومن
اجبر عليه نزل ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل
على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجاير كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله
عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعون تقلدوه من
الحجاج وهو كان جايرا الا اذا كان لا يمكنه من القضا بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد
بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضا يسال ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرايط
التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يدي من له
ولاية القضاء ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم هو الصحيح
لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح
لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ياخذانها بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيئا
فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السوال لكشف الحال لا
للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار
ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة
الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه قال فان لم يقم بينة لم يعجل بتخليته
حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يودي

الى ابطال حق الغير وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل على ما يقوم به البينة او يعترف
به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي في يده
ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار
القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدا بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه و
يضمن قيمته القاضي باقراره الثاني فيسلم الى المقر له من جهة القاضي قال ويجلس للحكم جلوسا
ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغربا وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر
وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضا لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحايض
وهي ممنوعة من دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضوان
الله تعالى عليهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضا عبادة فيجوز اقامتها
في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحايض
تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها
كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا باس به وياذن للناس بالدخول فيها
ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية
الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته قبل القضا بمهاداته لان الاول صلة الرحم
والثاني ليس للقضا بل جريا على العادة وفيما وراء ذلك يصير اكلا بقضايه حتى لو كانت
للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه
لاجل القضا فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء
بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت
خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال و
يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه الصلاة و
السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال
لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهما في المجلس والاشارة
والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر

فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه
يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا
وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف في غير موضع
التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص
والتكفيل **فصل** في الحبس قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس
غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها و
هذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال
فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه
كما ثبت لظهور المطل بانكاره فان امتنع حبسه بكل دين لزمه بدلا عن مال حصل في
يده كثمن المبيع وبدل القرض او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في
يده ثبت غناؤه واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما
يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال
اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول
قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل
هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول للزوج انه معسر
وفي اعتاق عبد مشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين
والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى يسقط النفقة
بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول
قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين
او ثلثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان
يخفيه فلا بد ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير
بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راي القاضي لاختلاف
احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق
النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة يقبل
في رواية ولا يقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب يخلي سبيله ولا يحول

بينه

بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع
الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه
وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته
والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم
بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد
والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها
بمضي الزمان **كتاب القاضي الى القاضي** قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق
اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود
الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء على
الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل
الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان
المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في
الحقوق يندرج تحته النكاح والدين والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة
المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل
في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة
وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل
فيها بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون قال
ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب يشبه الكتاب
فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من
اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام
بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه
شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب
عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف
رحمه الله اخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف

ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضا وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس
الائمة السرخسي قول ابي يوسف قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة
اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال
فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا
في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما
ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة
كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام
الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضا حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا
للقضا قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره
قاضيا اخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان ابن فلان
قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف
~~بخلاف ما اذا كتب الى فلان ابن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة~~
~~المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف~~ بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه
~~قضاة المسلمين~~ على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه
لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية
فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل اخر

قال ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه
وليس للقاضي ان يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضا دون التقليد
فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات
لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضا ولو قضى الثاني بحضر من
الاول كما في الوكالة وهذا لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير
الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا
ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما
اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاضي اخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان

القضا متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول
وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا
لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه
النفاذ انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده
وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما
اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي
حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال فهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة
قضا القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ولا يقضي القاضي
على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة
فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد
ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضا لان احكامهما مختلفة
ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضا وفيه خلاف ابي يوسف
ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون
حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب
اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء
الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض
الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه
عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه
جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان بصفة
الحاكم لانه يصير بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضا ولا يجوز تحكيم الكافر
والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضا اعتبارا
باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من
المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا

حكم لزمهما حكمه لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فان وافق مذهبه
امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه
لعدم التحكيم منه من جهته ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على
دمهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو
صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماه في دم
خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم
ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف
للنص الا اذا اثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة
ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او
بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل
لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا
لانه لا يقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة وكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم
عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة وكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد من
اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي

مسايل شتى من كتاب القضا

واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابي حنيفة رحمه الله
معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد
صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله فلا خلاف
وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض
الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم
للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه
لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زايغة
مستطيلة تتشعب منها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى
ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لانه فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها
خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان
المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح

ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي
الحق في القصوى بتركيب الباب قال واذا كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا
لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة
اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو
جائز وهي مسئلة الصلح عن الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى به وان كان
مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى
المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة
فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة
لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشرا بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها
ولو شهدوا به بعدها يقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشرا
قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عنده ودعوى الشرا رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا
ادعى الشرا بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية
فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحد كان
فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم
الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها
وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد
بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض
النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا
انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق
لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره
بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق
لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيوف ما زيفه بيت المال
والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش ومن قال لاخر لك علي الف
درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس له عليه شيء لانه

الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف
ما اذا قال اشتريت وانكر لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد
بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا
قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام
هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب
وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى
انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط
لان التوفيق فيه اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء
وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة
ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى
بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن
التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته هذه فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة
على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة
البائع وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من
اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف
الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا
الذكر فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى
بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله تعالى على الخلاص وعلى من قام
بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر
للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف
الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى
ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت **فصل** في
القضاء بالمواريث قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد
موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها
لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال

فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع و
ما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد
موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا
ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم
الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم
وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما
في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام
حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا
اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع
اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول
لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح
اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح اقراره للاول وحين
اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال واذا قسم المال بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا
من وارث شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يأخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم
له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما
غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه
واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا
او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت
الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل
لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة
ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد
يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل
وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض وان كانت الدار

في يد رجل اقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب قضي
له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم
يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خاين فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضا
للميت مقصود واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد
ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له
وللقاضي ولو كانت الدعوى في المنقول فقد قيل يوخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى
الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغايب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول
على الخلاف وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يوخذ الكفيل لانه
انشا خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغايب لا يحتاج الى
اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضا لان احد الورثة ينتصب خصما عن
الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة
وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفا لنفسه لانه عامل فيه
لنفسه فلا يصلح نايبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة
بدين للميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره
في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في
المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس
ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة
من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان
الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية تقع في حال
الاستغنا فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها
سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل
لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه

يتمحض

يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ
المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم
والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال
سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك
لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم
وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى
المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم
يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جايز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر
بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان
بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية
المنوب عنه فيتوقف على العلم لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول
يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام
قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله
انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة
بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال
وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قال واذا
باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي
قايم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول
هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع
عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم
وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع
المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار
كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال

يرجع الغريم فيه بدينه اختلف المشايخ انه هل يرجع الغريم بما ضمن والوصي فبعضهم قالوا يرجع
لانه قضى ذلك وهو كان مضطرا فيه وبعضهم لا يرجع لان الضمان انما وجب عليه بفعله لانه
قبض الوصي كقبض الغريم لان الوصي باع له فصار كالوكيل من جهته والاول اصح قالوا ويجوز
ان يقال يرجع بمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه
اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له **فصل اخر** واذا قال القاضي قد قضيت على
هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله
انه رجع عن هذا وقال لا ياخذ بقوله حتى يعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطا والتدارك
غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر
القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه
فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو
منصور الماتريدي ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطا والخيانة وان كان عدلا
جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما
فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال
الرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما
فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده
والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك
في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الاخذ بما اقر القاضي
لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم
المقطوع يده او الماخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو
الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت
او اعتقت وانا مجنون والجنون كان منه معهودا ولو اقر القاطع او الاخذ في هذا الفصل
بما اقر القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن
نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه
بالتصادق ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال

صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يوخذ منه لانه اقر ان اليد
كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول القاضي المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي بالاداء
لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه
اثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كساير الحقوق والشهادة
في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي
عن الهتك قال والستر افضل لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه
في الدنيا والاخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله
عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ
احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب
القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب
منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة
من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولا
تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة
البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومن الشهادة
ببقية الحدود والقصاص يقبل فيه شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من
الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا او غير مال
مثل النكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل
شهادة الرجال مع النساء الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول
لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا
لا تقبل في الحدود والقصاص ولا تقبل شهادة الاربع فيهن وحدهن الا انها
قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا
واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة

وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة وتفرق بعده لانها تايدت اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلنا انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح

لانها

لانها شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسئل حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع قال الا في الحدود والقصاص فانه يسئل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فاذا طعن الخصم فيهم سال عنهم لانه تقابل الظاهران فيسئل عنهم طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في ساير الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من راى ان يسال عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد انه يضم تزكية اخرى الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسئل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط في المزكي في الحدود وهما انه ليس

كية

في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضا واشتراط العدد امر حكمي
في الشهادة فلا يتعداها ولا تشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد
مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قال الخصاف لاختصاصها
بمجلس القضا قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله تعالى **فصل** وما
يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه
علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الادا قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد
انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد ولو فسر
للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد
سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل
العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا
سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير
موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضا فلا بد من الانابة والتحميل
ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما
حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة
لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل
له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه
او قضية لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يومن عليه من الزيادة والنقصان فحصل
له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي
كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز
للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والنكاح والموت وولاية القاضي فانه يسعه
ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل وصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه
امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء

القرون

القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة على التسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع
لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق
به كما في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وقيل
في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه
ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق
اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد
في الاملاك مطلق الشهادة ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضا
يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا راى رجلا وامراة يسكنان
بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الاخر انبساط الازواج كما اذا راى عينا في يد غيره ومن
شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر
الاستثنا في الكتاب على هذه الاشيا ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف
انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار
الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما يبتنى عليه واما الوقف
فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرايطه لان اصله هو الذي
يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد
اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي
يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق
محمد في الرواية وقال الشافعي دليل اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد
متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم المسئلة على
وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك
استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل
واما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه و
ان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد
لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثنا لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما
فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب

والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال
زفر وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه
الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل
لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة
كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه
ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغايب
دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضا لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا اخرس او
جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت
قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على
غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام
الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد
ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تابوا استثنى التايب قلنا الاستثنا ينصرف الى ما
يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر
في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام
حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام
حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد
لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا
الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا
الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والابا متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكاة
اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال والمراد بالاجير على ما قالوا
التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاده ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى
الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب
الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين
للاخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص

والحبس

والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس
ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه
او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى
لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه اذا كان عليه
دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من
شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء
التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها
متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة المخنث ومراده المخنث
في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين او في اعضائه تكسر فهو مقبول
الشهادة قال ولا نايحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
صوتين الاحمقين النايحة والمغنية ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا
من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النسا بصعوده سطحه ليطير
طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع
الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكباير التي يتعلق بها الحد للفسق قال
ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام ولا من ياكل الربا او المقامر
بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكباير وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما
فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا
وشرط في الاصل ان يكون اكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة
العقود الفاسدة وكل ذلك ربا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على
الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يمتنع عن مثل ذلك لا يمتنع
عن الكذب فيتهم قال ولا يقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف
من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهوا الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ
وجوه الفسوق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به فيمتنع عن
الكذب وصار كمن شرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف
الفسق من حيث التعاطي واما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشها دة

لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم
قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي
لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون هم الفاسقون فيجب التوقف في
خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده
الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع
لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف
شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه
قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل
شهادة الحربي على الذمي اراد به والله تعالى اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من
اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي
وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان
كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا
يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت
الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية
هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر
الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة ولا ترد الشهادة
المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل
شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا
الصنيع عدلا قال والخصي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضوه
ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق
الولد ككفرهما وقال مالك رحمه الله لا يقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم
قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل
وامراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان
عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل

العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف
في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة
الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا
وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك
او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل
معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي
ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة
التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي
نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف الموت
لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما
دين يقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت
باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل
او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت
بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا
يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام
ولان فيه هتك الستر والستر واجب دون الاشاعة فانها حرام وانما رخص ضرورة احياء
الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل لان الاقرار
مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه
شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم
العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه ولانه تعلق
به تمام الحد وهو رد الشهادة وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته
اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا
قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او
شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان

عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق عليه ذكره او بزيادة
كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القاضي فكان العذر واضحا
فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت
لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد
لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع
الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان في موضع شبهة فاما اذا لم يكن
فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن
المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا
كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى
قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد
وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعند
هما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة
والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما
بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة
ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ
وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد
منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والآخر
بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين
عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف
يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف
العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان
قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه
المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد
من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته

عنها

عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما
بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن
ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة
وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض
خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف
درهم فشهد احدهما انه قضاه فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي
اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله
لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله
يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة و
ليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما فقضى بها ثم حضرت الاخرى
لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا
على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثور
لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف
في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في
جميع الالوان لهما ان السرقة في السواد غيرها في البياض فلم يتم على كل فعل نصاب
الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان
التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون
السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف
الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد
وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات
السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على
كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين
ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد

ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان
المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي
هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى
من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق
باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل
لانه لاحظ له في الرهن فعريت الشهادة على الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين
وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو المؤجر
فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمهما الله لهما ان
هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله
ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل
فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين
واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو
الزوج اجماع وانه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل
الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه **فصل في الشهادة على الارث** قال
ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا
يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى
يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف هو
يقول ان ملك المورث ملك الوارث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة
على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما
نذكره انشاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير
والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل فان شهدوا انها كانت
في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة

الضمان

الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت
وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل
لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا
بالاخذ من المدعي ووجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي
متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم
غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد
معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى
المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت
في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم **كتاب الشهادة
على الشهادة** قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز
الشهادة على شهادته ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان
كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن
الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ويجوز شهادة
شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان
كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة
رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق
اخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق
من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل
لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على
نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد
عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار
غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان
فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد
من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه

وخير الامور اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول
اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد لان القضا عنده بشهادة الفروع
والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول
لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل
او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان
جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشيا يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز
بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن
ابي يوسف انه لو كان في مكان لو غدا لادا الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد
احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان
عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل
احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضا بشهادته لكن العدل لا يتهم
بمثله كما لا يتهم على شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه
فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال
محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي
يوسف ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي
العدالة كما اذا احضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل
شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد
رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها
فجاء بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان
الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها ولا بد
من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا
على المشتري لا بد من اخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى
عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي
لانه في معنى الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد
بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي

القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي
عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل
الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل
الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله تعالى على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم
مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة رحمه الله
شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي
لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان
هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رضي
الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا
الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم
ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رضي الله عنه انه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا
والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقريكم السلام
ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة
السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما
وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور
لم يضربا وقالا يعزران وفايدته ان الشاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر
على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم
بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضا والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان
عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم
رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض و
لانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضا به وعليهم
ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع

صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة
فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع
توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير
مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته
عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان
السبب صحيح وان شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب
على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا الاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان
لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي
لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان
الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان
الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن
النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته
نصف الحق وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان
رجع اخر ضمنا الراجعان نصف المال لانه ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل
وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا
ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم
رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى كان
عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة
الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رحمه الله
ان كل امراتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن
عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال
ثم رجعوا فان رجع النسوة العشرة دون الرجل عليهن نصف الحق على القولين لما

قلنا

قلنا ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست
بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح
بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع
البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن
وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل
بتزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في
الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين
الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفاها من غير عوض وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا
لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما
اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب
هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا
على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف
السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة
قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر
ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا
ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل
ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه
المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم توجد حيانة لانه
يؤثر وكذا التسبيب لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب
بخلاف المكره ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة و
هي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف
قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم
فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع

على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضا لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضا وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضا وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضا وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضى من القضا لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال واذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف مضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشرا حكيم بن حزام وبالتزوج عمر بن ام سلمة رضي الله عنهما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها

مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفا فلو منع عنه ينسد باب الاستيفا اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة و كما في الاستيفا ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجوز فيه التوكيل كما في ساير الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رحمه الله وهذا شي استحسنه المتاخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام لان الوكيل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشرا او عبدا محجورا

جاز لا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ
تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى و
التوكيل ليس تصرفا في حقه وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه
صبي او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر
خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين كل عقد
يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال
الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل
فكذا توابعه فصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان
العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد
الى الموكل ولو كان سفيرا ما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في
الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن
اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق
والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو
الصحيح قال رحمه الله في مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه
الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل
فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المراة تسليمها لان الوكيل فيها سفير
محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان
النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه
اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره عن شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا
والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح الذي هو جار مجرى البيع
فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن
والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل
اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل
بالاستقراض باطل لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه واذا طالب الموكل المشتري
بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود الى العاقد

فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل
اليه ولا فائدة بالاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة
ولو كان عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان
وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه
يضمنه للموكل في الفصلين **باب** الوكالة بالبيع والشراء **فصل** في الشراء ومن وكل رجلا
بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما
فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر الى رايه فاي
شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا
لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض حرج وهو مدفوع
ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان
بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا
يجمع انواعا لا يصح ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر
النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل
انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والهندي والمولد جاز وكذا اذا بين
الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة
جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير
ومن قال لاخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة
في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل
فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح
تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا
باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال وان سمى
ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة
بان قال حمارا ونحوه ومن دفع الى اخر دراهم فقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة
ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل
اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا

بالبيع والشرا ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فهو على الحنطة وان قلت
فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق واذا اشترى الوكيل فاطلع على عيب فله ان يرده
بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده
الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه و
لهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده
ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده
التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته
على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل
العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا تعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق
بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي و
العبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى
المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من
ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا
اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل
من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه
من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده
كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا
انه بمنزلة البايع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه
اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس
على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه
فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي
حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البايع منه فكان
حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفا
بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وها هنا لا ينفسخ
اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به

واذا

واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة ارطال
بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون وذكر في
بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رحمه الله
انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا
وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة ولم
يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به
لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا
بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم
يحصل مقصود الامر ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يودي الى
تغرير الامر حيث اعتمد عليه لان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو
كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا
بشرائه فاشترى الثاني وهو غايب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر
الامر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضر
رايه فلم يكن مخالفا فان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان
يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رحمه الله هذه المسئلة على وجوه
ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل
دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه
الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشرا لنفسه
باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان
نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر
في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا و
ان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا
اذا اثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا
يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان
مع تصادقهما يحتمل النية للامر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب

التوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت
ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر فان كان دفع اليه الالف فالقول
قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استيفاءه وهو الرجوع بالثمن على الامر
وهو ينكر والقول قول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة
فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور
لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيناف الشراء
فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للامر لانه موضع التهمة بان
اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها للامر بخلاف ما اذا كان الثمن
منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء
عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول قول المامور سواء كان الثمن منقودا او
غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء
شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف الغير المعين
على ما ذكرناه لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان
يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه
الانكار اللاحق فان قال فلان لم امره لم يكن له لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه
المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى
لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع
يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي
وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما
ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا
فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع وان امره ان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل
جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما
نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها
مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الثاني

منهما م

ببقية

ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو
تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد ان
اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى
بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق ولكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى
من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الامر قال ومن له على اخر الف فامره
ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع
يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده
قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه
لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو
تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه
سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله انها تتعين في الوكالات
الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او سقط الدين بطلت
الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك
لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله
وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير
وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى
وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الامر
منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها
فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور
مراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر
يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر وان كانت تساوي خمسمائة فالقول للامر لانه خالف
حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر يتناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم
يكن دفع اليه الالف فالقول قول الامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان
كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع

والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فلزم
الجارية المأمور وان امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته
بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا
تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو
غايب فاعتبر الخلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع
والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا
يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور الماتريدي وهو اظهر **فصل** في
التوكيل بشراء نفس العبد واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف درهم و
دفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان
بيع العبد من نفسه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ
لا يرجع الحقوق اليه فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين
للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ
عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له و
الالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح
الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقد ههنا على نمط
واحد في الحالين تتوجه المطالبة نحو العاقد اما ههنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا
مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضى به ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن
قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر
لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من
حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر
صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به
المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء بعينه ولكنه اتى بجنس تصرف آخر
وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل
الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه **فصل** في البيع والوكيل
بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله

وقالا

وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك
متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا
للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات
وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من
نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير
والعرض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا
بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد
بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد
والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة
بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري
على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن الفاحش او بالغبن المتعارف عند شدة
الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رحمه الله على ما هو
المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي
لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه
لوجود حد كل واحد منهما والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس
في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه
فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر
لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده
لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء
لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض
ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده
في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف واذا
وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد
الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف
به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر

قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج
الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع
وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء
موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان
موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الامر البيع تبين
انه وسيلة فينفذ على الامر وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان في الشراء تتحقق
التهمة على ما مر وفرق اخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر
بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق ومن امر رجلا ببيع عبده
فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة
او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم
يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث
في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا
لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر
اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل
فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء
يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم
ممارسته المبيع فيلزم الامر فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو
غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله
بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه
بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة
قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل
الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة
في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة
ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من
هذا ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل

شقصا م

بالاتفاق ٤

مثلا م

شيئا

شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك
المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف
بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع
والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى
الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة
وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ
بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل
في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما
بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ
الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه **فصل** واذا وكل
وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي
كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما والبدل وان كان مقدرا
ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما
بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والراي يحتاج
اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض
او برد وديعة عنده او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراي بل هو تعبير محض
وعبارة الواحد والمثنى فيه سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال
امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق
بفعلهما فاعتبره بدخولهما وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض التصرف اليه دون
التوكيل به وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الاراء الا ان ياذن له الموكل لوجود
الرضى او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني
وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره
في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود
حضور راي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لفوات رايه
الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رايه ولو قدر الاول

الثمن لكنه فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا
بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع
رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه
رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة
حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية
الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا
تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق
معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية
واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها
ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل
وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال والوكيل بالخصومة
وكيل بالقبض خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا
ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر
لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي
يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع
فالفتوى على انه لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما
لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون
وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه
يقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لان القبض
غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضى بالقبض رضى
بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه
لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع
في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما
قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء

وهذا

النكاح ص

مترددة ن

وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان
من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام البينة الذي هو في يده ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى
يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم
تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في ذلك فانها تقبل في قصر يده
كذا هذا وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد
والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق
والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير
القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين
وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده
لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى
الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى
وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب
دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا
ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص
زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب
والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف
ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان
ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة
مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو
الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج
من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر
في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال
بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار

تقبل

عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فيتعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص حقه فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفا حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الادا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المودى صار حقا للغايب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين على ما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال الى الوكيل لان الوكالة قد ثبتت والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب ولو وكله بعيب في الجارية فادعى البايع رضى المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضا بالفسخ ماض على الصحة وان

ظهر

ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا التفصيل ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضا وقيل الاصح عند ابي يوسف انه يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشرا فاما الانفاق يتضمن الشرا فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون جنونا مطبقا لان قليله بمنزلة الاغما وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او ماذون له فحجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات

الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته ولحاقه بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رحمه الله وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعاني قائمة فاذا عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انه يعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل اخر بشيء ثم تصرف فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعل بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه بنفسه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع حيث لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اذا تركها ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته فالترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون

الصور

الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع يمينه وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال فان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين قال الفقيه ابو الليث رحمه الله يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او بعلم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سال الحاكم المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه الصلاة والسلام الك بينة فقال لا

على الملك م

بنفسه م

وابانها له ان يزوج الموكل م

272

قال

قال

المدعى م

القاضي

فقال لي بينة سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف رحمهما الله فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي قال ولا تقبل بينة صاحب اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد ~~لها ملك مطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي ببينة ذي~~ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال ولا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو

الصحيح

الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الا[شياء] لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد به رجل وامراتان قال واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه

بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس

الضمان وهذا اعلى للبدل الا انه لا يباح لعدم الفايدة وهذا البدل مفيد لاندفاع الخصومة
به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين
حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعط
كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا
وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه
كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال
بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة
رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله
لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم
الفايدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه
مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل
والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية
الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى **فصل** في كيفية اليمين والاستحلاف قال واليمين
بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقد
تؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب
والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم في السر ما يعلم في العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شي منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا
وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة وان شاء
القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ
على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما
روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين
بالله تعالى ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا
الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ان حكم الزنا في كتابكم
هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام

فتغلظ

فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا
ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف احد الا بالله تعالى
خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار بعض
مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله
تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله تعالى لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى
ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها
بل هو ممنوع عن ذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم
المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها
وهو مدفوع عنه قال ومن ادعى انه ابتاع منه هذا العبد بالف فجحد يستحلف بالله تعالى ما
بينكما بيع قايم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف
في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يستحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب
ثم ينفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قايم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع
وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها
لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب
يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف
في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فح يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى
عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما
اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فح يحلف على السبب بالاجماع
وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن
لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان
كان سببا لا يتكرر فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه
بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق بدار الحرب وبنقض
العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه
لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات
لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر

مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جايز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه
وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان
في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى
المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة
اقوى منها فان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع
اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري
اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل للبايع اما ان تسلم
ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا
جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف
الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع
يدعي زيادة الثمن والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكره فكل منهما مدعي
ومنكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له
بقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله
عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا قال
ويبتدى بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو
الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن اولانه يتعجل فائدة النكول
وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البايع يتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن
وكان ابو يوسف يقول اولا يبدى بيمين البايع لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر واقل فايدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا
القاضي بايهما شاء لاستوايهما وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف
ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم
الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل
عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فان اختلفا فسخ القاضي البيع

بينهما

بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا
بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل
وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى
الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته فان
اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف
في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابرا وهذا لان بانعدامه لا يختل
ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف
في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف
بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال و
القول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول للمنكر في
العوارض فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول
قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي و
على هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد
منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن
فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه ورد الشرع به
في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد
فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من
الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان
الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قايم فيوفر فايدة
الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل وان هلك احد العبدين ثم
اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك
في الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البايع ان
ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول
المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل

السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر
بقدره ولابي حنيفة رحمه الله ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم
لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار
حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل و
ذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لانه ح يكون الثمن كله بمقابلة القائم
ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ وينصرف الاستثناء عندهم الى
التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ
من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري
وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه
لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد
ما بيناه في القائم واذا اختلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد
بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع
وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى
المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة
الهالك وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض
فالقول للبائع فايهما اقام البينة تقبل بينته فان اقاما البينة فبينة البائع اولى
وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك
الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ويقسم الثمن على قيمتهما
فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري
يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر وان
اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك
وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد المتعاقدين وهما
يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر
لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا

فلهذا

فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا
من قول ابي يوسف ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان
ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ
في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس
يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على
العين فيما اذا استهلكه في يد المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند
ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد رحمهم الله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا ومن
اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود
السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف
الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم
الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال
واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما
اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فبينة المرأة لانها تثبت الزيادة
معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته المرأة وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة
رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان
المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل
فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان
كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به
الزوج واقل مما ادعت المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر
المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر
المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا تقدم في الوجوه
كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في
المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه الله
فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو
كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون

عينها لان تملك عينها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة
قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف
في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل
قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر
لانه منكر لوجوب الاجرة فان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى
صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاما البينة فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في
الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما
يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين
بعشرة وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل
محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها
فلو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد و
تبين انه لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول قول المستاجر مع يمينه لانه هو المستحق
عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وينفسخ العقد فيما بقي فكان
القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء
من المنفعة كانه ابتدأ العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه ينعقد دفعة واحدة
فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد
معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد
والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان
كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف
للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي
اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما
يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة
كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالانية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها

في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر
اقوى منه ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة
فان مات احدهما واختلف ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما
لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يدفع الى
المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تاتي بالجهاز فهذا اقوى
فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء
لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو
للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت
سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة
لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في
الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب
او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا
اذا قال اجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن
شبرمة لا يندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة
بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع
خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على
الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى
لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق
الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل
صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال
من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال
حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه
الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي
اتباعه فلو اندفعت يتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه

اقرار

فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله يندفع لانه اثبت ببينته ان العين
وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد
خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده
وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة بتوفيق الله تعالى فان قال ابتعته
من الغايب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته
مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما
بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا
يصح دعواه على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني
على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في
يده الا انه لم يعينه درأ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت
بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه واذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال
صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان
اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا
ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له فاقاما
البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان
احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة
وقد تعذر التمييز فتهاترتا او يصار الى القرعة لانه عليه الصلاة والسلام اقرع فيه
وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقاما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة
كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في كل واحد منهما يحتمل الوجود
بان يعتمد احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن
وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق

فان

فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر
العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح
مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتتا فصاحب
الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان
اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة
تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الاخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها
لان القضاء بالاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني
سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر
لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما
في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين
يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل
الثمن وان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه صار
مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه
بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم
ينفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان
لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقتت احديهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب
الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك
وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل
على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر
الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق
وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما
فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه
والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة

فعالا ص

والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظر تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظر الاول تسليمه بعد القضاء

الدلالة قال

والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح
باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا
فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع قال
وان ادعى احدهم الشراء وادعت امراة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان
كل واحد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ
التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمتها عند تعذر تسليمها واذا ادعى احدهما رهنا
وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة
اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون
وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع
اقوى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك
معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ الاقدم
اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه ولو ادعيا
الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى
لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر
وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما
كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين
لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما
اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما
تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر
الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر
قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا
البينة على الملك المطلق قال واذا اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة
على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد رحمهم الله
وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم

يتعرضا

يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى
الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته
وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه
ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى
صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب
التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ها هنا حيث
وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث
والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف الذي وقت اولى و
قال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع
الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين
والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين ولابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضام
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف
الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال ولو
اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة
قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد فيقضى له وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة
اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج
فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من
جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج
لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على
النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب
التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج

كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج
بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبنا والغرس وزراعة الحنطة والحبوب وان اشكل
يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضا ببينته هو
الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل وان اقام الخارج البينة على
الملك المطلق وصاحب اليد على الشرا منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يثبت اولية
الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشرا منه وان اقام كل
واحد منهما البينة على الشرا من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار
في يد ذي اليد قال رضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الاخر
وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشرا اقرار منه بالملك للبائع فصار
كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو
الملك ولا يمكن القضا لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضا بمجرد السبب وانه لا يفيد
ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا
لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد
للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن
عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار
ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج
اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فهو جائز في العقار عندهما وعند
محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى
لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق
يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم
ثم وصل اليه بسبب اخر فان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان
شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة
فيها على ما عرف واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والاخر نصفها

واقاما

واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة
رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم
له واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا
طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف
بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظاير واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد
ذكرناها في الزيادات وان كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضا
ونصفها لا على وجه القضا لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده لا يدعيه صاحبه
ينازعه احد لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما
بامساكه ولا قضا بدون الدعوى فيترك في يده واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما
البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان
الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت وصار كانهما لم
يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد
لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده وان كان العبد في يد رجل اقام رجلان
عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق

فصل

في التنازع بالايدي واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب
اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر
رديفه فالراكب اولى لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما
في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف
واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على
طريق القضا لان القعود ليس بيد عليه فاستويا وان كان ثوب في يد رجل وطرف منه
في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق
وان كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه
ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان
كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا ولاية له على نفسه لما كان لا يعبر عنها

في السرج

وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق
عليه في حال صغره قال وان كان الحايط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي فهو
لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر
صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال
مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه
لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحايط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي
اصلا وكذا البواري لان الحايط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما
ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة
وللآخر موضع جذوعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب
بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس
الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته ووجه الاول ان الحايط يبنى
لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق
الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول
اولى ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف
اقوى وجه الثاني ان الحايطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه
القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه الرواية للطحاوي وصححها الجرجاني
قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها واذا ادعى رجلان ارضا يعني يدعي كل واحد
منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير
مشاهد لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت
في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا يستحق
لاحدهما من غير حجة ولعلها في يد غيرهما وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي
في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه
البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البايع وامه ام ولد له وفي القياس

وهو

وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه
مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على
كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة
استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد
الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى
لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة الاستيلاد وان جاءت به لاكثر من
سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو
الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل
البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة
تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من
سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في
ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر
والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد
فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة
للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام
فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البايع لان
الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه
يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها والثابت
لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة
عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع
الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد
وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق
الولد فدعواه باطل ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر
وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا

يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته انه كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها
وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي
التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد
فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الام
حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق
لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من
الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد
عنده فباعه المشتري من اخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل
النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه
او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض
فتنقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه
المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من
المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت
نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا
لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثا
لانه لا حبل اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا
عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق
المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة
مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان
فيتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا
لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا يبطل تبعا للحرية فيه
حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا
ينقض البيع فيما باعه لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على
محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني
لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد

العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه
لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان
لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق
المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك
نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار
تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة
رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع
دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه
تعلق به حق المقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى
وهو دعوة المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن
يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال واذا
كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن
النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي
في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو
كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا
ادعت المراة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امراة على الولادة ومعنى المسألة
ان تكون المراة ذات زوج لانها تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل
لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما
النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة على الولادة
ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر في الطلاق وان لم
تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد
امراة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه

حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت ن
منه وكذا لا تعلق به حق الولد فلا ير
برد المقر له م

تدعي م

على نفسه م

القابلة م

من غيرها وثبت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما
او لقيام الفراش بينهما ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير
ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبه يكون الثوب
بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب
لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم
الخصومة لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح
فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر من
الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد
حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد
يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا
لان الارث ليس ببدل عنه والمال لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته
لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه
فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه
بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان
الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة
لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد
المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح
بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق
عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية
في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي و
المجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له فانه ملحق بالبالغ
بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا
لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار

اخبار

اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول
لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فانه لم يبين اجبره القاضي على البيان
لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان
يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك
يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا
اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال
يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل
قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف
فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم
حين تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم
اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب
يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير
بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع وان قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل
من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب
النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم
الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه
ولو قال دراهم كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين
ليس بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا لم يصدق في اقل
من احد وعشرين درهما لانه ذكر مبهمين بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد
وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث
كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان
ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بدين لان علي صيغة
ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق

ولو قال دراهم فهي ثلاثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد

لان اللفظ يحتمل مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا
قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما
حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح
ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار
بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال
اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية
عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون
اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب
ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة
الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين موجل فصدقه
المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه
فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة
فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين
على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال له علي مائة وثوب لزمه ثوب
واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة
والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل
الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره
عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك
في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها
فبقي على الحقيقة وكذا لو قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب
لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف
اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه
التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له
وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في
السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع

فيكون

فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل
غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد يضمنها
ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل
الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم يشمل الكل ومن
اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا
في منديل لزماه جميعا لانه ظرف فان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف
بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة
اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد احد عشر ثوبا لان النفيس من
الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان حرف في يستعمل
للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك و
الاصل براءة الذمم على ان كل ثوب منها موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين
الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة وقد مر
لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق
ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم
الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء
وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية
ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما
وليس له من الحائطين شيء وقد مر كذا بدليل في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة علي
الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب
صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه
وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثتهما لانه اقرار في الحقيقة لهما
وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما
ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا وان ابهم الاقرار لم يصح
عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على
السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقة ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة

ذو الكسوة

الغايتان

ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل
جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة
غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله
لزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة
عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى
الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده
فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة
لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما وقال الشافعي
يصح فيهما لمحمد رحمه الله ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف
الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول
ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافها اثمان اما
الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا
للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى
من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بشيء وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه
الاقرار لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان
كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف
عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء
راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو
كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له
الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ
والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه
الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه

قال

قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث
يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف
درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت
فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذا على
وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما
كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا
غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي
باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك
وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو
قال مع هذا انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر
له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا
بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند
ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة
علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او
طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع
وجوب نقد الثمن وان كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر
له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه
اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد
الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من
المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار
عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم
اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب
الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف
درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام

فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل
لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله
قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم
قال هي زيوف او نبهرجة فقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان
قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او
رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من
ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم
يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا
من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع
لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع
عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول
قول المشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا
وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف
لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية
لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله
في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب
مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف
مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق
بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى
العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال
اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد
ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل
ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق
فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال ستوقة او
رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة

ليست

واللفظ يتناول الجياد دون
العيب والوصف وهذا انصرف لفظه
بيانا ولو كان الفصل ضرورة

ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال
في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار
والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف وان انقطع الكلام فهو واصل لعدم امكان
الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص
بالسليم ومن قال لاخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا
فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال صاحبه لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق
ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبريه وهو الاذن والاخر
ينكره فيكون القول قوله مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب
الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع
كالاعطاء فان قال قايل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية
والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول
للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي
سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره فافترقا فان قال قايل هذه الالف كانت
وديعة عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها
عليه وهو ينكر والقول قول المنكر وان قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او
قال اجرت ثوبي هذا فلبسه فرده فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا
الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال
فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة
وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا
له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا
فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه اخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان
اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة فانه

قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال اودعنيها كان على هذا الخلاف وليس
مدار الفرق على ذكر الاخذ في وضع الطرف الاخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا الخلاف ما اذا قال
اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون
القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد
اقر بسبب الضمان ثم ادعى تمليكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره اما هاهنا
المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الزرع او بنى هذه
الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت
بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملكه
في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن
اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا **باب**
اقرار المريض واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في
مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم وقال الشافعي دين
الصحة ودين المرض يستويان لاستوائهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ومحل الوجوب
الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر
دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق
بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من
الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق
بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير
وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض
لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة العجز فيفترقان وانما تقدم المعروفة بالاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها
اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج
امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا ولو
اقر بعين في يده لاخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي
دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة
والمرض في ذلك سواء الا قضاء ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه

وقد

وقد علم بالبينة قال واذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة
المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم جاز
اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه
اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية
وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر
المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه
اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة
مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه
يتعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص
البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق
الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن
الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم
يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا
صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا و
القياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره
في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل قال
ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها
لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين
انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره
لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين و
من ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله
اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين
فيثبت **فصل** ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه و
صدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح
اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون

ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه ديون في صحته م

له نسب معروف فلانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة
في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من
الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف
فيشارك الورثة قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه
وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا
يقبل في الولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها
الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في
الطلاق وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح
التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة
لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند
ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل غسلها ولا التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند
الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره
في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى
بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له
وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا يرى
ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على
الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان للموصى
له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلتها حتى لو اقر في مرضه
باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له
ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فيبطل الاقرار
قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن
شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن
ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر

احدهما

احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين
على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين
نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما
لكنه لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي
الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت
وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى
والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل
حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة
لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع
المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل
حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح
بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا
مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ
المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح
عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع و
هو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان
عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل
لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط
القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى
الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت
فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار
في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة
لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين
وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه
عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان

عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم
المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها
عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه
يكذبه واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك
من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح
عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان
المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه واذا ظهر الاستحقاق تبين انه
لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض
ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق
المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته
وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان
المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان
الاقدام على البيع اقرار منه بالحق ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك
بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى
حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض
لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند
ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمنا في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة
منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه
احد الامرين ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي
او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال
لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل
ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها بها احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن
قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء
الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو النكاح حتى ان ما صلح
مسمى فيه صلح هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا في حق فساد التسمية

هنا

هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو
وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه هو الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما
ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق
الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص
فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها
تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح
عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية
الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية
لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث
تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا
صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه
يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد
مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان
مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في
حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق
الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا
ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى
طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل
في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امرأة
نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه
امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا
ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال وان ادعت
امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رحمه الله تعالى هكذا ذكر في بعض
نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الآخر
انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي

العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض
فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وان كان في
حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه
ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة
لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل
فيثبت الولاء قال واذا قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن
نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست
من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي
اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق
كالزايل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون
المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة
وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة
لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم
المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق حتى لو كان
عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان
العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضا فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا
فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضا لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد
بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل
باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في
العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لا يكون فيه دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة
عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه
لا يظهر الفضل **باب** التبرع بالصلح والتوكيل به ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح
لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة
اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط

محض

يتأمل

محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه
لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو
بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل
قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح ولزمه
تسليمها لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سوا فصلح
اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع
بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي
في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك
ان قال صالحتك على الف هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال
نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة
العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان
اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه
لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه
فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى
ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما
عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده
فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل
تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها
ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان
ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله **باب** الصلح في الدين وكل
شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى
بعض حقه واسقط باقيه كمن له على اخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على اخر الف
جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وصار كانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف
العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا
للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف موجلة جاز

وكان له اجل نفسه أخرى لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز
فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة
فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئا لا يجوز
فلم يصح الصلح ولو كانت له الف موجلة فصالحه على خمسماية حالة لم يجز لان المعجل خير من
الموجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما يحط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو
حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسماية بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد
المداينة وهي زايدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسماية وزيادة وصف وهو ربا بخلاف
ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه
يشترط القبض في المجلس ولو كان له عليه الف درهم وماية دينار فصالحه على ماية درهم حالة
او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا ماية وتاجيلا
للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له
على اخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل ففعل فهو
بري فان لم يدفع اليه الخمسماية غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه الالف لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسماية
عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه
فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما ان هذا
الابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء الخمسماية في الغد وانه يصلح عوضا حذار
افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط
لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه
متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية
بالابراء انشاء الله تعالى قال رحمه الله وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال
صالحتك من الالف على خمسماية تدفعها الي غدا وانت بري من الفضل على انك ان لم
تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد
فيعمل به والثالث اذا قال ابراتك من خمسماية من الالف على ان تعطيني الخمسماية غدا
والابراء فيه واقع اعطى الخمسماية او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسماية لا يصلح

عوضا

عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد بخلاف ما اذا بدا باداء
خمسماية لان الابراء جعل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع
مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسماية على انك بري من
الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا
ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في
مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان
الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسماية او قال اذا اديت او متى
اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل
لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على
التقييد به قال ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى توخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس
بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يوخذ به والله تعالى اعلم

فصل

في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار
ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه
ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه
ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه
الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل
المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه
حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد
كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن مال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك
اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته
لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق
المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف
نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي
لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من
الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان

الملك المشترك

مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لانه مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه ربع الدين
يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء
بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق
لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض
ثم توى ما على الغريم له ان يشاركه في المقبوض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم
ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو
ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما
بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح
عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشترى به شراء فاسدا
وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله
والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين
شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما
في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما
لا بد من اجازة الاخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد قائم بهما
فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع
المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا اختلطا راس
المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول وهو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على
الاتفاق **فصل** في التخارج واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال
اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن
تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال رحمه الله وان كانت التركة فضة فاعطوه
ذهبا او كانت ذهبا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي
ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى
بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض

لانه

لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه
على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه
بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه
من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم
الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا
للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط فيه التقابض للصرف قال واذا كان في التركة دين
على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لانه
فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا
يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز و
هذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة
فالاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء
نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها
لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين
مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا
لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي
مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف
صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي
والفقير والغني وبعث النبي عليه الصلاة والسلام والناس يباشرونه فقررهم عليه و
تعاملت به الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه
بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا
ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب

العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على غيره قال المضاربة عقد
على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين
والعمل من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذى تصح به الشركة وقد تقدم
بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان و
اعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لا تصح
المضاربة لان عند ابى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر فى البيوع وعندهما يصح
لكن يقع الملك فى المشترى للامر فيصير مضاربة بالعروض قال ومن شرطها ان يكون
الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما
ولا بد منها كما فى عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله
لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة فى الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا
ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة
ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابى يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله كما بينا فى الشركة
ويجب الاجر وان لم يربح فى رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل
وقد وجد وعن ابى يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة ولا نه عين فى يد مستاجره
وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط
الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان
يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة فى يده فلا بد من التسليم
اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر
فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل فى الشركة من الجانبين فلو
شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد
لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان
المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب
وكذا احد المتفاوضين واحد شريكى العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه

لقيام

لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك
يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصى لانهما من اهل
ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا
صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع
لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف
التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة
الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من
الضرب فى الارض وهو السير وعن ابى يوسف ليس له ان يسافر وعنه عن ابى حنيفة رحمهما الله
انه ان دفع فى بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع
فى غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد فى الغالب والظاهر ما ذكر فى الكتاب قال ولا يضارب
الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشئ لا يتضمن مثله لتساويهما فى القوة فلا بد من
التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا
قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا
يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد هو التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه
وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما
الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال
وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه او فى سلعة بعينها لم يجز ان يتجاوزها لانه توكيل
وفى التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك
البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك
البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف فيه بغير امره وان لم يشتر حتى
رده الى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك
ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى
ببعضه كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا
وهو رواية الجامع الصغير وفى كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء
يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه اما الضمان وجوبه بنفس الاخراج

وانما شرط الشرا للنقد لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة
حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي
بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص
ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لان البا للالصاق
اما اذا قال هذا المال واعمل به في الكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فتصير
بمنزلة المشورة ولو قال على ان يشتري من فلان ويبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة
الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف
على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا
لا فيما وراء ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل
الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة
شرا ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشرا بالميتة بخلاف بيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد
قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشرا متى
وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف قال فان كان في المال ربح
لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال
او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم
ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة قال
فان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه
ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرا عتق نصيبه لملكه بعض قريبه ولم يضمن
لرب المال شيا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا
شي يثبت من طريق الحكم كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه
احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطيها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة

الغلام الفا وخمسماية والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام ومايتين وخمسين
وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ
لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق براس
المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي راس المال لا يظهر الربح كذا هنا
فاذا زادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد
ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك
لحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه
واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيا
من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك اخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا
ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام
لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله
ويستسعيه في الف ومايتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال والخمسماية ربح
والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي
نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ثبت
ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدم دعوى صحيحة لاحتمال الفراش الثابت
بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية
ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا
كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة ضمن نصيب شريكه كذا هذا
بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال
الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال في ذلك لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب
الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر
الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك
له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة
وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى ولابي حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل

العمل له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة
لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن
الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على
اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني
بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذا وبين مودع
المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع
نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف
بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول
بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح
بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب
للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء
الضمان ولا يعري عن نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له
ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما
رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول
السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط
لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد
جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان
فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف
درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله تعالى فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي
بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف
ما رزق الله تعالى الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع
الربح فافترقا ولو قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف
فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال نصفان لان الاول شرط للثاني نصف الربح
وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما
بقي للاول ولم يبق الا النصف فيكون بينهما ولو قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه

او قال

او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى اخر مضاربة بالنصف فلرب المال
النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل
فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء
كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للثاني ثلثي الربح فلرب
المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا
هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة
لكون المسمى معلوما في عقد يملكه فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن
العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم
فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان
للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى
ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون
واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط
العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث
للمضارب والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه
دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة
مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل
على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى بمنزلة الاجنبي
عنده على ما عرف **فصل** في العزل والقسمة واذا مات رب المال بطلت المضاربة
لانه توكيل على ما مر وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة
وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب
بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل
لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في
ملك رب المال فبقيت المضاربة قال وان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى

اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم
بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر
بالقسمة وهي تبتني على راس المال وانما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا اخر لان
العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان
عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال
حقه في الربح فلا ضرورة قال رحمه الله وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان
لم يكن دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا
لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في
بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم
على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له فان لم يكن في ربح لم يلزمه
الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال
في الاقتضاء لان حقوق العقد الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه
وقال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا
سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة
قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف
الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة فان زاد الهالك على
الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها
ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة
الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا
هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن
المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس
ماله واذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص
فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها
فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد
جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا اخر **فصل**

فيما

فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من
صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر
العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان
يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن
لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع ثم اخر
الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب
لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي
يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال
بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال
بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله
المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة و
توابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهان لانه
ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما
ذكرنا من قبل ونوع اخر لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو
ما يحتمل ان يلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره
وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره و
هو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير
فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو
الاستدانة وهو ان يشتري بالدنانير والدراهم بعد ما اشترى براس المال سلعة
وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا
يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما نصفين
بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه
اقراض والعتق بمال او بغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة
لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله

بالنقد ثم

بان كان م

الذي يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة
ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق
على مال فانه اكتساب وليس لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فان
دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على
المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه
فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار
التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه
فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما
اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على
مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم
يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال فاذا عمل المضارب
في المصر فليست نفقته في المال فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه
شراء او كراء في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة
المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكن الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة
فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر
بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق
من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه
متبرع قال ولو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق
ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة
السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه
للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه
واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز عادة
وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف
فيما بين التجار قال اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدخل
في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر

ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المراة
على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان
باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق
على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية
بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها
او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال
فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه على
المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب
ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك
انتظامه الخلط فلا يضمنه

فصل آخر

وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه
بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة
والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال
رحمه الله هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان
له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه
انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا
ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين فاذا ضاعت
الالفان وجب الثمن عليه لما بيناه وله الرجوع بثلاثة الارباع من المضاربة لانه مضمون
عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة
لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة
الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك
فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع راس المال ويبقى
خمسمائة ربحا بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه
اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد
دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على
الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب

ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا ضاع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض م

ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو م

الفا ومرة م

عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما
في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال
وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا
لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والالف لرب المال برأس ماله لان قيمته
الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب
المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة
تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع
فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء
الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة
ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت
يدفع رب المال ذلك ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما
يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان
الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا
لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا [illegible] توكل ببيع المغصوب ثم
في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك
لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع
اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك
رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل

في الاختلاف قال فان
كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت
اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول
رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو
اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو

مستفاد

مستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت لان البينات للاثبات
ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي
بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي
الشركة في الربح وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة
او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التمليك
وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها
فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط بخلاف
الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على
التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم
حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر
الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت
لم يضمنها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع
غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع
فتتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم
حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله
لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به
فان حفظها بغيرهم او اودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي
تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره
ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق
فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين
طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة
مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها
صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن
راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز
ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه

ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير
بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا
من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه
الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها
ولو ابرا الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين وقد
سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت
وكل مايع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك
صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة
بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط
المايع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف
رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله يشركه بكل حال لان
الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير
مايعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان
فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق
المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا
فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال
الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار
ضامنا للمنافاة فلا يبرا الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم
العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ
شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نايب المالك قال فان طلبها
صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك
غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرا عن الضمان لارتفاع العقد اذ
المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود
احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع

كالوكيل

كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد
الى نايب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها
عند ابي يوسف خلافا لزفر رحمهما الله لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع
الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان
بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا
كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر
والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه
يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده
بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه
في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في
المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم
في مكان العقد فاذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد
مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة
فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس
للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور
في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيومر هو بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا
لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا
هو يؤمر بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغايب لانه يطالبه
بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة
وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته
ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره
فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال فان اودع رجل عند رجلين
شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما

عند ابي حنيفة رحمه الله

نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك
الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرا اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن
الاخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمن كما فيما
لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما الكل لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف
بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع و
لا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما
ولا يمكنهما الاجتماع عليها اناء الليل والنهار وامكنهما المهايات كان المالك راضيا بدفع الكل
الى احدهما في بعض الاحوال قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها
اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من في عياله فدفعها الى من لا بد
له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ
على يد النسا فنهاه عن الدفع الى امراته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا
الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال
من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها
في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين
في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان
في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار
التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن
اودع رجلا وديعة فاودعها اخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الاخر و
هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شا فان ضمن الاخر رجع على الاول
وان ضمن الاول لم يرجع على الاخر لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع
الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني
بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه
اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من
العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا
تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني مستمر على الحالة

الاولى

الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في
يده الف فادعاها رجلان كل واحد انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما
وعليه الف اخرى وشرح ذلك ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق
الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدا القاضي
جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا
لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شي لهما لعدم الحجة وان نكل
اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا
اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضا
فجاز ان يوخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضا ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين
على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الف اخرى بينهما لانه
اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في [illegible] حقه وبالصرف اليهما
صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الاخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل
ذكر الامام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضى
بينهما لان القضا للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك
لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رحمه الله انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد
وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه
اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول و
هذا يحلفه بالله تعالى ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال
وينبغي ان يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف بنا على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع
بالقضا الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له فهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض
الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي
عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي
يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة
ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول
انه ينبي عن التمليك قال العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك

والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضايرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا تحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره انشاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة اخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان اجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده

دفعا

دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعير اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رحمه الله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت يشاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار انية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال ولو استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت

صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع
لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفا بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه
كذا ذكر القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه و
بنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه
قال اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير
صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع
وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له
نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد
واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة
على الموجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للموجر
معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد
والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى
اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى
مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك
معتاد كالة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار
المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن
لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك
بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها
عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال
ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة
لانها امانة وله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس
في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا يرى انه لو ردها
اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره
وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن
ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال

بعضهم

بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء
المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوعة اولى
كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة
تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك
انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد
ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك قبل
القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز
الهبة الا محوزة مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات
الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان
اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث
متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا
وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في
الوجهين جميعا لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه
ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك
والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض
بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا
ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح
قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني
مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال
اعطاك الله تعالى ووهبك الله تعالى بمعنى واحد وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام
وجعلت لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول
فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك
هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما

الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده اذا قال جعلت
هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه
يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك
هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا
اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك
هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها
وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى
صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله
تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال
ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال
الشافعي يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه و
هذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع
كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا
يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو
القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان
القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما
لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع
الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود
ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا
القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو
وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب من
شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه
بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة
فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه
الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر

الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك
يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد
فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض
في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه
واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب
عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف
ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره و
الصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا
وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه
الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها
له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام
الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ
ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر
اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده
فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان
عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها
بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه بحضرة
الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته
منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة
قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماه جملة وهو قد قبضها جملة
فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح
لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من
رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل
احدهما صح ولان الملك يثبت لكل منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى
هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل منهما كملا

ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على
محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق على غنيين او وهبها لهما لم يجز
وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان
كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى بينهما
فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق
على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني
وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو
وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عن ابي يوسف
فيه روايتان وابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان التنصيص
على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز
اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض **باب الرجوع في الهبة** قال واذا وهب
هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك
والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض
ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد
يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه يملكه للحاجة وذلك
يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه
الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع
موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة
متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة
لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لانه بموت الموهوب له
ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه
اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه

حصل

حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال فان وهب لاخر ارضا
بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها
فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان
الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك
زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع
في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان
يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى قال وان وهب لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها
لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود
صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة
كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها
فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب لها فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ
هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول
المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له
متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من
الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه
لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد
ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوضا
للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه
في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه
من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح
الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول
المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا
فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمنه لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك
في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه
بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى

يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ
مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك
في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق
وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو
غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط
العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا
صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء
وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض
والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين
فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض
وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض
فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا
لنفسه **فصل** قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء
لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع
فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع
والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن
لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه
الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن
شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة
شيء هو مشغول بملك المالك قال فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يدبرها
او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد
عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط
تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز العمري وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط
ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن كان

له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف
فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه
اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن
هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه
يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي
يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمري جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته
من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات يرد عليه فيصح التمليك
ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة لان قوله داري لك
تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمري ولهما انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمري
ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظة من المراقبة كانه
يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل واذا لم يصح يكون عارية عندهما لانه
يتضمن اطلاق الانتفاع به **فصل** في الصدقة قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض
لانه تبرع كالهبة ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة
لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد
بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال
ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر ان يتصدق
بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه
الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب
فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق قد ذكرناه

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود
عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة
الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام اعطوا الاجير
اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره
وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة

حتى اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا
حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان
الجهالة في المعقود عليه وبدله يفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان
يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح
ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع
تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد
على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما
اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او
قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى وفيه خلاف الشافعي الا ان في الاوقاف
لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو
المختار قال وتارة تصير معلومة بتسمية كمن استاجر رجلا على صبغ ثوب او خياطته
او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب
ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة
معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط
فلا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما
في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة
كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله
والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل
من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع
المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله
من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا
والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي
في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا
شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر

الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل
مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة
لان تسليم المحل انما اقيم مقام المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن
فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط
بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه
منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك
اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان
سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء
المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع
الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس
استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي
الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب
باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر
كذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط
التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق
بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق
او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير
فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال
العبد الضعيف رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل
دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز
واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف
ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار
كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه
ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه

ينتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين
حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما
في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في الحبس فبقي
امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمن قيمته غير معمول ولا اجر
له وان شاء ضمن معمولا وله الاجر وسنبين ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له
ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في
العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف
الابق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك
وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله
وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط
حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث
انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال فاذا شرط
على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل
بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من
يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة
ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد
بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض
بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء
بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة
وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان
المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى هذه المسئلة وان الكتاب
في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره
ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا

لانه

لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد
لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر **باب ما يجوز من الاجارة وما يكون**
خلافا فيها قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان
العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء
للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء
فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة
معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع
الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر
في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها
وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع
ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان
يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي
ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة لانه
لا نهاية لها وفي ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث
يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال
الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب
الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على
حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع
الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها
فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معهودة معلومة
فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او
اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في
الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فهو ما ذكرنا
لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب

فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب
واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا
فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد بعينه فله ان يسكن غيره
لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان
سمى قدرا ونوعا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل
الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه
خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا فيه
وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون
اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان
استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل
لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات
وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها
عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا تطيقه مثل تلك
الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها
او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان
المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف
السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى
الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا
لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما
اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب
مجرى على اطلاقه والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود
الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا
للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح

وغير ماذون فيه م

في الوديعة م

نايب م

ومن

ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه
اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه
في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته
فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر ضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف
بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن
فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا
ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد
شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس
فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان
عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان يتفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان
الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه
الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف
معنى وان بقي صورة قال فان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البحر
والبر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه
غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء
ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه
القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير
خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه
وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه
يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر
الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء

ثوبا م

استعمال القميص وقيل هو محكي على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة م

قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار
كمن امر بضرب طشت من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا **باب الاجارة الفاسدة**
قال الاجارة يفسدها الشروط كما يفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ
والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى
يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد
لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد فقد اسقط الزيادة واذا نقص
اجر المثل لم تجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه
هو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم
فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان
الاصل ان كلمة كل متى دخلت على ما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان
الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه فاذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة
لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة
قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي
وكذلك كل شهر يسكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي
ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل
واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان
استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة
بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر
ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في
حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان
العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في
اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار
اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام
ضرورة فهكذا الى اخر السنة فنظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة

الحمام

الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم تعتبر الجهالة باجماع المسلمين قال عليه الصلاة
والسلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عليه الصلاة
والسلام احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا
قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه الصلاة
والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار على الاذان
والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل فيه ان كل طاعة يختص بها المسلم
لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي انه يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه
استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القران
ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن ابي العاص وان
اتخذت موذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل
ولهذا يتعين اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلاة ولان التعليم
مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه وبعض
مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم لظهور التواني في الامور الدينية
ففي الامتناع تضييع حفظ القران وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء و
النوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال
ولا يجوز اجارة المشاع الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يوجر
نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا
يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايي فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين
وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم
المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به
التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايي فانما يستحق
حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر التراخي سابقا واما اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على
ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية الحسن رحمه الله عنه
وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر

الشيئ م

فلا يصح م

عند ابي حنيفة يوا م

من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز استيجار
الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل به كان
جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع
وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل
ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر و
الاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا
استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا
ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز
بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة
فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة
جرت التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز
والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم
ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام
دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام
وبين قدره جاز ايضا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان
الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان
الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما
يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان
الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم
به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان
حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل
يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي
لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى
به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام
على والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة

وان

وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لانه اختلف العمل ومن
دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما له
بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى
قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من
دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان
المستاجر عاجز عن تسليم الاجرة وهو بعض المنسوج او المحمول اذ حصوله بفعل
الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان الاجير ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا
بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله
الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت
الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما
اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك
غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم
بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاجارات
هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد
فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا
عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير
في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد
سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن
استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة
بالعقد ولا تتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه
صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري
انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله توجب الفساد لان مؤاجر الارض

يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه
ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكريها مرتين في
موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة ولو كانت ثلاث سنين لا يبقى
للتثنية منفعة وليس المراد بكري الانهار والجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه
يبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال
الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان
المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده
يحرم النسأ عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسأ واليه اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف
القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا
كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل
الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا جائز
وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا
ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره على عمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في
الشايع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر
لان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف
الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام
وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه
في الشايع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة
لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما
لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا
استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه
الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة
العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر
حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا
ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان

بلغ

اشار م

بها

في نسخة م

بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الاولى وان اختصما قبل ان
يحمل عليه وفي المسألة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قايم
بعد **باب ضمان الاجير** الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له
ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه سمي مشتركا قال و
المتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر رحمهما الله ويضمنه
عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعن علي
رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل
الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته
فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه
والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في
يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان
مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر
بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف
بعمله كتخريق الثوب بالدق وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل و
غرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه
لانه امر بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين
القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه
هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر
فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه لا يمتنع
عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله
فانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق
في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه
لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة
قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته

ولهذا م

من دقه م

في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه
اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار
فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله
وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي
الجهتين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا
قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب
من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجم عبدا باذن مولاه فمات
فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية
لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا
كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول
بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن
استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان
منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا
وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما
الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان
تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد
لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع
متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار
فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز
واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بزعفران
فبدرهمين وان صبغته بعصفر فبدرهم وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه
الدار شهرا بخمسة او هذه الدار بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال
اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره
بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار

في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما
وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات
الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم
فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع
الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته
بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم
تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر
الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت
والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم ويجب المسمى
ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي
الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم
في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه
في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض
بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى قال ان اسكنته في هذا الدكان عطارا
فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا
فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز
ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز و
يحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل
[illegible] عليها كر حنطة فبدرهم جاز في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما
ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد شيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد
بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما
في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل

عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين مختلفين صحيحين فيصح كما في الرومية والفارسية
وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد
وكذا في اجرتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة فلو احتيج الى الايجاب
بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به **باب اجارة العبد** ومن استاجر عبدا يخدمه
فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا
ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في
الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فان تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا
في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه
الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا تجوز
لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف
نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول
الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه
فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن
لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب
باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه
عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله
ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ
على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول
منهما باربعة لان الشهر ذكر اولا فينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز
الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه
في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين
اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به
وهو صحيح فالقول قول المؤجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على
قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء
الطاحون وانقطاعه **باب الاختلاف** في الاجارة قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب

الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك
ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب
لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا
انكر صفته لكنه يحلف لانه ينكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن و
معناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في
مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب
وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع
يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان حريفا له اي خليطا له فله الاجر
والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله
ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله
جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله
لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق
باب فسخ الاجارة قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان
المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب
الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل
كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا
خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا انفسخت الاجارة لان
المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض
وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت
على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد ان الاجر لو بناها ليس للمستاجر
ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحا و
البيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات
احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة

المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث
وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما
اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر
لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم
ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في
المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه
في الاجارة لا يمنع خيار العيب فكذا خيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان الرد لحل كما
في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر
بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب
لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع
غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع
فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق
به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع
او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي
عليه الزام ضرر زايد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه
فذهب ماله وكذا من اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضايها
الا بثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام
ضرر زايد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله
فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات
في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض
وهذا يدل على انه لا يحتاج الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض
في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام
القاضي ومنهم من وفق وقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير
ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر
فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زايد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته

او في

او في طلب غريمه او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد
ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض الموجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل
وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن
اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح
وانه امر زايد واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على
موجب العقد لفوت مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي
يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة
وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل
في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل
اخر حيث يجعل عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل
شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن
الزام ضرر زايد لان لخدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق
بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا اجر العقار ثم
سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر
السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسايل منثورة قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصايد فاحترق شيء
في ارض اخر فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه
وقيل هذا اذا كانت الرياح هادية اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم
انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل
بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته
يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا
وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله
للجهالة فيه وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو
معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة
وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب

الى تحقيق الرضا قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز
ان يرد عوض ما اكل لانه استحق حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من
المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار
مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين
الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه
اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق
فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول
العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه الصلاة
والسلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة
والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد بن ثابت
رضي الله عنهم ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد
يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز
ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من
نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم
على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت
ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن
في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه
فلا بد من القدرة عليه ولانه مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم
لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد
الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول
والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة و
هذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد
حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديه
الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر فان عجزت فانت رقيق فان هذه

مكاتبة

مكاتبة في رواية ابي سليمان رحمه الله لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص
رحمه الله لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد
المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده
الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى
السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه
على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له في الذمة حق من وجه
فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا
لحصول العتق له وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت
اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية
من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها
لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو
لم يجعل كذلك لا تلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر
والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني
فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب
او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب للعقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى
الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق
باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما
اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينه وبين الميتة ان الخمر
والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط
اما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك
بالتنصيص عليه واذا عتق باداء الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد
العقد وقد تعذر بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص
عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في

نوع مالكية ويثبت له م

العوض ع

البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في
العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل
وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق
باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال
وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين حتى لو قال
كاتبتك على هذه الالف درهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين
في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رواه الحسن رحمهما الله انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز
يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات
معقود عليه والقدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب
العين ذلك فعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب وللجامع انه لا يفيد ملك المكاسب
وهو المقصود لانه يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا و
المسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز الا انه عند الاجازة يجب تسليم
عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب
ذلك العين فعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد
الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه
انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء
المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان
عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال فان كاتبه على مائة دينار
على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة
العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا
يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير
وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير
موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف

الى

الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول
دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف
فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل وقال
الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير
مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة
بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه
اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم
فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم كذلك اذ الخمر غير معين
فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما
حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب
على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد
صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل
احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان
العبد مسلما حيث [illegible] الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها يعتق
وقد بيناه من قبل **باب** ما يجوز للمكاتب ان يفعله قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر
لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى المقصود
وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا
تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد
يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا
لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص
فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا
لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد
كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو
الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط
يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة

قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود
والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير
لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه
لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته
وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه
نفسا ولا مالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من الاكتساب فان وهب على عوض
لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب المال فانه يتملك به المهر فدخل تحت
العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان ماله
العتق والمكاتب ليس من اهله فكذا الاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب المال
فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول
البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له
بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق
الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر
اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول
بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان
ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال
فان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس
وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل
رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال
وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب
ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال واما المأذون
له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يزوج
امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب
واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك

الاكتساب

اضافة ع

317

الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي
مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد **فصل** واذا اشترى المكاتب
اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا
تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه واذا اشترى
ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد
اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير
ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا
يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام
وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا
من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال
واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها
دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه
الصلاة والسلام اعتقها ولدها وان لم يكن لها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد
لانها ام ولد [illegible] خلافا لابي حنيفة رحمه الله وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها
ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما
اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس
ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى وكان حكمه كحكمه وكسبه
له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه
وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد
كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في
كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج
المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد
ولا ياخذهم بالقيمة وكذا العبد ياذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق
وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين

ثم امته ه

وعندي

رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا
الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة
ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال واذا وطئ
المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة
وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل
الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من
توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل
الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى
المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في الكتابة وكذلك العبد المأذون له
لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن
ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** واذا ولدت المكاتبة من
مولاها فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له
لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل واجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من
المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما
قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي و
تركت مالا تؤدى منه كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك
مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعيه لحرمة وطئها
عليه ولو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد
ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب
المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي
بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت
السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا
اعتق قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير
فائدة غير انها تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت

في

في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت
المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي
اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار
بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار
والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار فرع تجزي
الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير
ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق بعضها عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة
وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله
انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى
انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث
فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط
منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة
لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق
حريته فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة
الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان
البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما
بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان
الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه
ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل
الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان
كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه
بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال واذا كاتبه على الف درهم

بين ان تسعى

الى سنة فصالحه على خمسماية معجلة فهو جايز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فيكون ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يودي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يودي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يوخرها وصار كما اذا خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل مالا فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه غايب فان ادى الشاهد او

الغايب

الغايب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب وهذه كتابة جايزة استحسانا وفي القياس يصح عن نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء فاذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه بشيء لان الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع به غير مضطر فيه قال وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جايز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفايدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد

نصيبه اذنه بكتابة م

فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه و
صار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على
نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا
ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال
المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل
الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة
الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور
ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر
وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها
بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الاخر لانه
لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن
وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة
فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة
اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت
نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان
الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها
نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل
يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التمليك ضرورة فلا تظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوط والمكاتبة
هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى
لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها
مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك
وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق
شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما

يجب اقلهما قال واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف
الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه
بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد
الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف
قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته
لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو
موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على
الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق
فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزى
عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة
قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان
موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء
الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان
اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق ولكن يستسعي او يعتق
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على
نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما
هو مذهبه واذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه
لانه يتجزى عنده لكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق
والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر
ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع
ثلاثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط
الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا

وابوه وان اعتق احدهما اولا كان للاخر الخيارات عنده فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين
وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه
بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك فلا يختلف باليسار
والاعسار ويضمن قيمتها قنا لانه صادف التدبير وهو قن وان اعتقها احدهما فتدبير الاخر
باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده و
يضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان
الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما **باب موت المكاتب وعجزه** واذا عجز المكاتب
عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر
عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال
الخصم للدفع والمديون للقضا فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان
لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق
حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا
واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من
عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى
المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه
لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والاثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنه
ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان
فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فالعذر اولى
ولو لم يرض به العبد لا بد من القضا بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضا او
الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ
الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا
عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي
ما عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق

اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي
تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود
من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا
او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء
ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل
بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد احياء
للحق بل اولى لان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه
للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون
اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك
ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته
وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء
وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا
له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين
الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى
لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة
لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى
ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية
ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو
وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا
كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال فان مات
المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن
ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضا يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد
بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي
الاب والقضا بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولايته

فقضي به لموالي الام فهو قضا بالعجز لان هذا في الولا مقصود وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولا على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الادا مات حرا وانتقل الولا الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضا فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا عتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا هو موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف رحمه الله اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضا وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قايم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضا او الرضا وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضا لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال

الى

الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا تتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة وانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشيا وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق ولانه التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المراة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما وعن بنت فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرنا قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشره من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذلك

اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق وكذا اذا ولدت
ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توءمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت
رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا
الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها
لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها عتقها
فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد
جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام الى مولى الاب لان العتق هنا في الولد يثبت تبعا بخلاف
الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع
ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية
الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة
فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت
بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان عتق
الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي
لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق
مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم
على مولى الام لانهم عتقوا جميعا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام
ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا
يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت الان
مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم
اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون اليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق
وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا
فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رحمه الله قال وهو قول محمد رحمه الله ايضا وقال ابو يوسف رحمه الله
حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه
هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه
والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب

والقوي

والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية
معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف
في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر
تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رحمه الله موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو
من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة
اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو
كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب
او لان النصرة اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله
عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له
وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة
حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث فاذا كان عصبة تقدم على ذوي
الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه
لان المعتق اخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا
قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام
قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له من النسب عصبة
فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد
فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
الانتصار على ما مر والعصبة ياخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني
المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من
كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي اخره او جر ولاء معتقهن و
صورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينتسب بالولاء اليها
وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش و
صاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس في حكم ميراث المعتق
مقصورا على بني الموالي بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه

من الولاء

من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه
اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقرب في العصوبة
عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على
اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن اخر معناه بني
ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من
الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ومعناه القرب على ما قالوا
والصلبي اقرب

فصل

في ولاء الموالاة واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه اذا
مات ويعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه و
ان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال
حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث اخر ولهذا لا تصح عنده الوصية بجميع المال وان
لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما تصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت
ايمانكم فاتوهم نصيبهم والاية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل
اسلم على يد اخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث
في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم
المستحق لا انه مستحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او
غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذوو الارحام وارث
فلا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان
لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة وللمولى ان ينتقل عنه
بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ
عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل
قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة
العزل الحكمي قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق به حق الغير
ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا
اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد
قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب

الاكراه

الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا
لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء
اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من
القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان
الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قيل
قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا
للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط
خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على
ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل
بالف او يوجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى
فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة
هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه
الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم
لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب
يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على
جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها
يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز
جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله
والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند
القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة
كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا
فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع
بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هنا الرد لحق العبد وهما سواء
فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رحمه الله ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله

كالبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله
رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه
بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان
الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب
ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي
البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه
مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد
فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه دفع مال البائع
الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري
بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود
لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه
بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو
المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل** وان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على
ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول
هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا
اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك
ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم لانه لما
ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف
انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار
مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الاستثناء فلا محرم فكان اباحة لا رخصة
الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر
بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر

بسبب

بسبب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف
على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي
الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري
فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد
قال صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله
تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة
لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى
قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول
الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية
والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم من الاستثناء قال فان اكره على اتلاف مال
مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير
يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان
المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره
لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح
لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رحمه الله وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب على المكره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب
عليهما وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر
الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو
الاثم فاضيف الى غيره وبهذا تمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا
لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص
ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى
المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه
ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح
آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على
الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون

الزكاة حتى تحرم كذا ههنا قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه
خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه
من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد
لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا
يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل
الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف
السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه
فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق
ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر
في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود
المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع
على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل
فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح
مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على
الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند
ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد
قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى لو كان قلبه
مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت
امرأته قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا
لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان
القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل
رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى عليه وهذا بيان الحكم اما فيما بينه
وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع
لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر
اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان

وهو قول زفر

مالم

مالم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي
الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا
غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلاة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال نويت
به الصلاة لله ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي
وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير النبي بانت قضاء وديانة لما مر وقد قررناه زيادة
على هذا في كفاية المنتهى

باب الحجر

الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز
تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب
بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى
كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات
حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي
يترقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل
البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان
التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما
فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن البيع موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل
البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا
عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ
على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم
الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون
الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها
موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال
والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما
لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق
يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة فلهذا لا
يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا

فينعقد

شيئا لزمها ضمانه احيا لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد
كالذى يتلف بانقلاب النايم عليه والحايط المايل بعد الاشهاد بخلاف القولى على ما بيناه فاما
العبد فاقراره نافذ فى حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ فى حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه
لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية
لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه فى الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه
مبقى على اصل الحرية فى حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله
عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان
اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فنفذ **باب الحجر للفساد** قال ابو حنيفة
رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه فى ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا يتلف
ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعى رحمهم الله يحجر على
السفيه ويمنع من التصرف فى ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل
فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبى بل اولى لان الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه
حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابى حنيفة
رحمه الله انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان فى سلب ولايته اهدار
ادميته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان
فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز فيما
يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه
فى العقوبة ولا على الصبى لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء
آلة القدرة والجرى على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه فى الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضى عليه ثم رفع الى قاض اخر فابطل حجره واطلق
عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضا الا ترى انه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ولو كان
قضاء فنفس القضا مختلف فيه فلا بد من الامضا حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء
به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابى حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم
اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا

وعشرين

327

وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده
ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبى ولابى حنيفة رحمه الله
ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير
جدا فى هذا السن فلا فايدة فى المنع باعتبار اثر الصبا وهو فى اوايل البلوغ وينقطع
بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها
لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول
من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفايدة الحجر عليه وان كان
فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا
فيتحرى المصلحة فيه كما فى الصبى الذى يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضى جاز
عند ابى يوسف لانه لا بد من حجر القاضى وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة
هى السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق
عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعى لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يوثر
فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه فى معنى الهازل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلا لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان فى
عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شىء من تصرفاته الا الطلاق
كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد
ان يسعى فى قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد
القيمة كما فى الحجر على المريض وعن محمد انه لا يجب السعاية لانه لو وجب انما يجب حقا للمعتق
والسعاية ما عهد وجوبها فى الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب
حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه
واذا مات ولم يونس منه الرشد يسعى فى قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار
كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد
حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح فى حقه وان
لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدى كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات

ملغم الدفع ولان الدفع

عنه لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضى

سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول
لان الولد شاهد لها فنظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل وان
تزوج امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها
مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه
وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها
قبل الدخول وجب لها نصف المهر في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا
تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكاة من مال السفيه لانه
واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن يجب عليه نفقته من ذوي ارحامه لان
احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي الارحام واجب عليه حقا لقرابته
والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها
لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة
يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف
او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب ابتداء
من غير فعله ولو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير
فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير
صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج
كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء
في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد
السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن
موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة
فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخيرات جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه
اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات
اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا
والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له او عقوبة عليه كما في
السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان انستم منهم

رشدا

رشدا الآية وقد انس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل
الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما
ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة
قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي
رحمهما الله وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني
عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع
عشرة اما الغلام فلان البلوغ بالانزال حقيقة والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض
في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة
وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما
عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة كذا قال ابن
عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان
الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالها على الفصول
الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل
امرهما في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف
الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما قبل قول المراة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل
وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص
وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا
بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب
غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء
لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت
حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا
يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه

وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله م

وقسم بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع
ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس
بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع
كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان
دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير
رضاه فللقاضي ان يعينه قال وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن
لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في
الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن
الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها
اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما
فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه
ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس قال فان
اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا
يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد
مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على
المفلس من ماله وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة
على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار
مهر مثلها اسوة للغرماء قال وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال
لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه
في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه
لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم
يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال
بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه
موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال

والحبس م
وسايل م
خادم م

ولا

ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر
لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي
قال وياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه
الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح
فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس
لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع
لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح
على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من
التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل
داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له
موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه
ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل
عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان
الدين لرجل على امراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة
تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة
للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ
لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع
وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب
العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما
المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو
الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي
العين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر و
اسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا
للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى فلا بد من اذنه
كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل

اجنبية

ن عطي الدين حكم العين م

لانه ما عهد تصرفه الا موجبا او تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك ملك المولى م

الآبق حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت
ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا
عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه
او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيها فيعاقدونه فيتضرر به
لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده
في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول اذنت
لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا
له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر
الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش
منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد
متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته
يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على
الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع
المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل
بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة
فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك
من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما
فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه وله
ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من صنيع التجار وله ان
يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه
لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال
الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر
به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو
ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا
نهاه عن التصرف في نوع لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد به الولاية من

جهته

جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب
ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص
بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت الولاية من جهته وحكم
التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى
عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه
ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا يفسد عليه
باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه
طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له
منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع قال واقرار الماذون بالديون والمغصوب جائز
وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته
ولا فرق بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم
دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه
قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج
الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا
ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب
والشريك شركة العنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان
المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال
ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا
يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لانه تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء فلا يدخل
تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه
من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له
قوت يومه فدعا بعض رفقائه اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رحمه الله
ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس
بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمراة

ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في
العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض
بعد تمام العقد وليس ذلك من صنيع التجارة ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج
اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة
برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه
بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل ما لم يكن لا تفويت ما قد كان له وذلك في تعليق
الدين بكسبه حتى اذا فضل منه شيء عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك
لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة
العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع
الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين
برقبته استيفاء حامل لهم على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم في حقه
بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ
بالكسب في الاستيفاء ابقاء لحق الغرماء وايفاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى
من الرقبة وقوله في الكتاب وديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها
كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها
وما يجب من العقر بوطء مشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم
ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه
طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع
او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده
ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد
ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان
ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على
غلة المثل يردها الى الغرماء لعدم الضرورة فيها ويقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر
حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس لتاخر حقهم الى ما بعد العتق

مالم

مالم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر سوقه حتى لو حجر
عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم
بحجره لم يجز ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره
فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام
ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث
يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر
اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال
وان مات المولى او جن او لحق بدار الحرب صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم
وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء وهذا لاصل فلا بد من قيام
اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى
تقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا
لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق
حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف
ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان
الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك
حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة
فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها
ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال
واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على
حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما
ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على الماذون فاقراره
جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره
او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقالا لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره
ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير
معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره

ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر ولان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون
له فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته
واقراره دليل تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة
وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا
بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد يتبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك
ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى
ما في يده وان اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك المولى ما في يده
ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها
ووطء الجارية الماذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث
والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى
انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به
الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته
واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله
جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل
مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع
ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا
حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث
بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم
الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء
نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة
اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد
بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى

للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من
المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة
لا تجوز من العبد الماذون له على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن
بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا الفرق على اصلهما قال وان
ان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه
ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له وهذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان
سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي
بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا
لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده حتى يستوفي
الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز
ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة
المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تتعلق بها حق الغرماء واذا
اعتق المولى الماذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته
للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب
به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فيبقى الباقي
عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا
اعتق المدبر وام الولد الماذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق
برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال فان باعه
المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع
قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا
ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب
فيخيرون في التضمين وان شاءوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة
اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب
فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال

وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب
فان له ان يرجع على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه
بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من
رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة
فلهذا الهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع
ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البائع غايبا فلا خصومة بينهم وبين
المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري
خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم
حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة
لابي يوسف رحمه الله انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن
فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال ومن قدم مصرا وقال
انا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه اخبر بالاذن فالاخبار دليل
عليه وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو
الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل
قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر
فقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول له
لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع و
الشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ
لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره
فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه
اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله
عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم
الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة
بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له

والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة ويؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين
النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد
عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة و
الشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان
ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية
نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما
في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار
العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء
بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بينا وحكمه
حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب
للاستعمال فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده
حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم
فحكمه الماثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده
ولا اثم لان الخطا موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في
يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب
هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الاية ولان
المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على
مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف رحمه الله انه لما انقطع التحق بما لا
مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب المثل في
الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رحمه الله
ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل
بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب
بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته

يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية
وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة
التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة
معناه مادام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام
لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق
مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة
مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين
مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم
بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم
قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزم رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل
ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب
عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته
زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان
وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب
اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك
لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي
وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك
بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم
جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين فيدخل فيما قاله
اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة
لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال والمنتقص بالزراعة يغرم
النقصان لانه اتلف البعض وياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رحمه الله وهذا

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يتصدق وسنذكر الوجه من
الجانبين ان شاء الله تعالى قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي
اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل و
هذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب
القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان
لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع
السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف
المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما
عرف قال رحمه الله ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
لما بينا ويتصدق بالغلة قال رحمه الله تعالى وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا
الخلاف اذا اجر المستعير المستعار لابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه الضمان
ظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل
بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل
على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب
حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى
اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق
وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان
لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان
كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى
بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق
بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة
وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابه في الوديعة اظهر
لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم
هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها

اشارة الى التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها
او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رحمه الله تعالى
لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا
لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين
والمضاربة قال فان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق
بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس **فصل** فيما يتغير بعمل الغاصب
واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها كمن غصب شاة
وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية
وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار
اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يودي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي
يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرما بعد موته للشافعي رحمه الله
ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في
الطاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما
اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث
صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد
وحقه في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فايت من وجه ولا نجعله سببا
للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق
بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليها غيرها فاحفظه
وقوله لا يحل له الانتفاع حتى يودي بدلها استحسانا والقياس ان يكون له ذلك وهو قول
الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث رحمهم الله تعالى ووجهه ان ثبوت
الملك مطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة
والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر
بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضا ولان في اباحة الانتفاع
فتح باب الغصب فيحرم قبل الرضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة

لقيام

لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت
مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضا او ضمنه الحاكم او ضمنه
المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها
او نواة فغرسها غير انه عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل
عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او
آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها
الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صيرت حق المالك هالكا من وجه الا
ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات والمضروب
يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية
وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة
دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها
قال ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال
الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين ما قدمناه ووجه اخر لنا فيه ان فيما ذهب
اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه
مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح
المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله تعالى انما لا ينقض اذا بنى
في حوالي الساحة لانه غير متعد في البنا اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض لانه متعد
فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان
شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع
يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض
من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب
ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف عبده حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان
الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن

نقصانه والثوب لمالكه لان العين قايم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه
خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه
فكانه احرقه قال رحمه الله ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه
تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قايم ثم اشارة الكتاب الى ان
الفاحش ما تبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس
المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل
فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفايت به بعض
المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البنا والغرس وردها لقوله
عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض
لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها
كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن
له قيمة البنا والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته
مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيقوم الارض
بدون الشجر والبنا ويقوم بها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل
ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان
شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم
ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر
الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف
السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب
الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه
لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو
عصمة رحمه الله في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب
الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية
الحقين في البيع ويتاتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه
في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات

القيم

القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق
مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو
نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل
ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد
عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت
بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة
ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا
فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب
عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل
من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد
ينفسخ التدبير بالقضا لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب
مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك
البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد
ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو
للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان
كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ
العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم
الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب
في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث
لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته
فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته
مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع
دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة
في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال
الشافعي زوايد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات

اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا
عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك
ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها
اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب
وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا
هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمن اذا هلك بعده لوجود المنع بعد
طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية
ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات
اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب
فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد
الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف غنم
او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان
واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا
وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطعت
يد المغصوب في يده فاخذ ارشها واداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع وولد
الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت
الام اذ لا يفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله
للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة و
لا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز
وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن
غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وولدت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها
يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث
في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت

او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع
فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما
انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح
الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان
كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن
بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما
ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد
الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم
النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها
او سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان
المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك
الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى
فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها
لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه
المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد
ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء
العين **فصل** في غصب ما لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما
وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف
اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في
حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان
ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة ونحن امرنا
بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد
وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان
لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع
عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين غير ممنوع عن

تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى من عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون
للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف الميتة اذا كان
لمن يبيحه لانه ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه
فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد
بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا
دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل
الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم
للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي
ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب
ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم
يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه
ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم
ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك
المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما
زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب
الرد فاذا فوته يخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويوخذ منه
الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب
وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد
الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير
تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم
فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه
على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز

الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه
بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ
لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة
تابعة للجلد فلا يفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا
عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح
فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه
وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رحمه الله انه صار خلا من ساعته يصير
ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان
الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله
ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط
استهلاك عنده ولا ضمان في استهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب
الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير
مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناه في كفاية المنتهي
قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن
وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن
ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف
الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما
والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ
ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه
الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر
الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رحمه الله انها اموال لصلاحيتها لما
يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل وصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد

بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مع ثبات علتها
والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم ويجب قيمتها غير
صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل و
العبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف يجب قيمتهما
ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف
على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او
مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعند
هما متقومة والدليل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

قال الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع
قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار
افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت
فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه الصلاة والسلام جار
الدار احق بالدار والارض ينتظر له ان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه الصلاة
والسلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق
بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن
القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم
وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان
ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود
المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما
انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة
بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة
مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك
احق من الخليط والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة

في نفس المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح
يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال فان سلم فالشفعة للشريك
في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على
ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة
لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك
حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في
بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على
الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة
ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص
ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه عام وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان
او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة
وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا و
ان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير
يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق على ما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط
شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يكون
شريكا في الدار الا انه جار ملاصق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بيناه
قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال
الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل
منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو
الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة
وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال يؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا
بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه
بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص
للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها

بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطالب وإن قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له
بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع
لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف
ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال
على ما بيناه والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا
يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه قال
وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد
والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا
يمكنه إلا بالإشهاد قال وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم لأن الملك للمشتري
قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا
فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار
المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية
ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا تجب إلا عند معاوضة
المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال وإذا علم الشفيع
بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو
أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام
الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت
شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان
في النوادر وبالثانية أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في
المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل
شفعته لأن الأول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد إضراره والثالث
لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب
فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد
في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد والتقييد
بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال

طلبت

طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لأن الاعتبار للمعنى وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم
يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا كان أو امرأة إذا كان الخبر حقا
وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة و
إذا أخبرت عنده لأنه ليس فيه إلزام حكم وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة
غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والإشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي
على ما ذكرناه ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد
ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس و
يشهد على البائع إن كان المبيع في يده معناه لم يسلم إلى المشتري أو على المبتاع أو عند العقار
فإذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه لأن للأول اليد وللثاني
الملك وكذا يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد
عليه لخروجه عن أن يكون خصما إذ لا يد له ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن
يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن
فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لأن المطالبة لا تصح
إلا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى قال ولا
تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى
وقال محمد رحمه الله إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت وهو قول زفر رحمه الله معناه إذا تركها
من غير عذر وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته
لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على إعراضه وتسليمه وجه قول
محمد أنه لو لم تسقط بتأخير الخصومة أبدا يتضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من
جهة الشفيع فقدرناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان وجه قول أبي حنيفة
رحمه الله وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو
التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا ولا فرق
في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتأخير
بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذرا قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي

فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعا عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه
اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسال القاضي المدعي قبل
ان يقبل المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها
واذا بين ذلك يساله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها
الان تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه
في كتابنا الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه
مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف
على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او اقام الشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي بها يشفع
وثبت الجوار فبعد ذلك يساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاعه ام لا فان انكر الابتياع قيل
للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها
استحلف المشتري بالله تعالى ما ابتاع او بالله تعالى ما يستحق عليه في هذه الدار الشفعة من الوجه
الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا
الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في
يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري
وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره
واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله تعالى
ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع
الثمن لم تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي قال واذا احضر الشفيع البايع
والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي
البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة
عليه لان الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما
بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البايع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له

يد

يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهو ان المبيع في حق المشتري
اذا كان يفسخ فلا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ
في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى
اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه
هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده
حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه
يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا
لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه
عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان
الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البايع الى المشتري فتصير الخصومة
معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا
كان البايع وكيلا لغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا
كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها
فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما
في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنايب عنه فلا يملك
اسقاط حقه

فصل في الاختلاف

قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول
قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول
قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري
لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة
فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري
لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي
فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع
المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بالفسخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع
وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على

ما روي عن محمد رحمه الله واما المشتري من العدو قلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم
فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الفسخ هناك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة
الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا و
ادعى البايع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري
وهذا لان الامر ان كان على ما قال البايع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري
فقد حط البايع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى
ولان التملك على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع
بقوله ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذ
الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع
لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري
ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين
وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر
فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع
تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه
ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج
من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل** فيما يوخذ به المشفوع قال واذا حط
البايع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط
عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن
ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك
القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى
وان زاد المشتري البايع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة اضرارا بالشفيع
لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر
من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن
اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون
اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري

بمثل

بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال
وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات
القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال
وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر
له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة
به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين
الشفيع والبايع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس
في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا
للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر
كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل
وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي
جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باع بثمن حال وقد اشتراه
مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية
وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه
في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابي
يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو
متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع
قال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة
الخنزير لان هذا البيع مقضي بصحته فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي و
الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها
مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم
في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف
قيمة الخمر والذمي نصفها بمثل نصف الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة
الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب
فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** واذا بنى المشتري

في حق الشفيع

اوغرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البنا والغرس
وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلفه القلع ويخير بين ان ياخذ
بالثمن وقيمة البنا والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطي
قيمة البنا لابي يوسف انه محق في البنا لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام
العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف
القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه
ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض
كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا
ينقض بيعه وهبته وغيرهما من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ~~في الاسترداد وهو البايع~~ وهذا لان حق
الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البنا وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة
كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة و
يبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة تعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو
اخذها الشفيع فبنا فيها اوغرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق
ولا يرجع بقيمة البنا والغرس لا على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه
وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشتري والفرق على ما هو
المشهور ان المشتري مغرور من جهة البايع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط
في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها
او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن
لان البنا والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم
يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق
نصف الارض حيث ياخذها الباقي بحصته لان الفايت بعض الاصل قال وان شاء
ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البنا قيل للشفيع
ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله
شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بافة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض

لانه

لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع
بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان
وفي القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع
في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان
مركبا فيه فياخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني
ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال فان جذه
المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ
حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع
حصته قال رحمه الله وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من
الثمن اما في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد
فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما
لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا
قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان
الشفعة سبب الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم
القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبير والطريق قال ولا شفعة في
العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع او حايط وهو حجة
على مالك رحمه الله في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت دفعا لضرر سوء الجوار على
الدوام والملك في المنقولات لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر
ولا شفعة في البنا والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له
فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل
اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في
الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق
ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا
او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط

الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار
يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد
او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض
ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رحمه الله
يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من
دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في
النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير
متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا
اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع [تزوجها له]
بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد
عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه
مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا
يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في
المبادلة المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة [المالية م]
في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت
الشفعة قال رحمه الله هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان
قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا
اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه
كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما
استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار
وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من [فيه م]
جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في الهبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط
لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا لانه هبة
ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل

واحد منهما هبة مطلقة الا انه اذا ثبت منهما فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا
شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البايع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة
لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير
سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال
الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب
البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون
الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر
لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع
فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا
يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال
فكيف بدلالته ثم حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه
في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما
قبل القبض فلعدم زوال ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ
ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف
ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد
ممنوع عنه قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار
بجنبها وهي في يد البايع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو
شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا
باع بخلاف ما اذا اسلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
ليس بشرط فبقي الماخوذة بالشفعة على ملكه فان استردها البايع من المشتري قبل
الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان
استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار
فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة
ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم
ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ

من كل وجه لعوده الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض
وعدمه وان ردها بعيب بغير قضا او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في
حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وانه بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع
وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان
قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضا على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في
قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما
بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه
يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان بخلاف الرضا فيما يتعلق لزومه
بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة **باب ما تبطل به الشفعة** قال واذا ترك الشفيع الاشهاد
حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما
يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين
ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت
الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا
يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط
ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف
الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض
والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب
المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا
مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رحمه الله معناه اذا مات بعد البيع
قبل القضا بالشفعة اما اذا مات بعد القضا قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته
وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره
ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضا شرط
فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير
سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري

فيها

فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته
قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب
الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة
كما اذا سلم صريحا او ابرا عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط
الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة
له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن
اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من
جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو
ضمن الدرك من البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى
المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط
له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها
بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما
سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس
مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض
قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير
قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس
ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم
انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب
غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه بيع نصف الدار فسلم ثم ظهر انه بيع كلها فله
الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان
التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل** واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي
يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه
اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول
دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد
الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا وابتاع الباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع

شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع صح

اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو العوض عن الدار قال
رحمه الله وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمتها ويعطي بها ثوب بقدر
قيمتها الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني
فيتضرر به والاوجه ان تباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف
فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله وتكره
عند محمد رحمه الله لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف
انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكاة **مسايل
متفرقة** قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان
اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة
على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا
تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بينما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض
لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق
اليد على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقط يد البايع وسوا
سمي لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن و
هنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه
البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض
لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض
وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما
اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون
للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي
هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم
اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي
جانب كان وهو مروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما
يقع في الجانب الاخر قال ومن باع دارا وله عبد ماذون له عليه دين فله الشفعة و

تكميل نـ

العقد ع

كذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل
منزلة الشرا وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرما بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه
لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جايز عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا
وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم
الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق
ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا
به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من
الاب والوصي ولانه داير بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على
ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا
بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم
بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم
كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم
منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة
مشروعة لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في الغنايم والمواريث وجرى التوارث بها من
غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه
فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو
الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال
غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى
المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند
غيبة الاخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا
كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز
لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب
القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه
فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر

المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي
للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من
جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة
نصب القاضي تعم العامة فتكون كفايته في مالهم بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم
بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة
والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا
مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه
لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا
اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون
قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك
فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة
رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد
ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على هذا الخلاف وان لم يكن
للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه
انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم
دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى
يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة
انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم
جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة
الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر
ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا
يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت
الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على

الميت

غرمائهم

الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث
ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول
لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من
وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم
فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس
في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رحمه الله وهذه رواية كتاب القسمة
وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم
يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله
خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك
تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة و
عدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب
وكيلا يقبض نصيب الغايب وكذا لو كان مكان الغايب صبيا يقسم وينصب وصيا يقبض
نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا
لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك
خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين
اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر
خصما عن الغايب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم
وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغايب والصغير
باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه
والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح
كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور
خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا
كان الحاضر اثنين لما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير
وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلب

يعني الموروث

القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه فكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل** فيما يقسم وما لا يقسم قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم والاخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلا يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة قسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لقلته لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل مكيل او موزون كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة وتقسم الثياب الهروية لاتحاد الوصف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتها وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل

لقلته

يجري

يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى لو تزوج على لولوة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحا الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمة الدار قسمة واحدة قال رحمه الله تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه يقسم احديهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رحمه الله جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف رحمه الله قال في اجارات الاصل اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او يبنى حرمة الربوا هناك على شبهة المجانسة **فصل** في كيفية القسمة قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا الاعتبار ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك

لا اقل الانصبا حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا
ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويوزن
كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتوفيقه
الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير
اقراع جاز لانه في معنى القضا فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم
لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة
لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء
فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع
البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة
ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه
يرد على شريكه بمقابلة البنا ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية
بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل
الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الاخر او طريق
لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في
نصيب الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة
مختلفة لبقاء الاختلاط لما فيه من الضرر فيستانف بخلاف البيع حيث لا تفسد في هذه
الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل
المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة
الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الاخر وقد امكن تحقيقه بصرف
الطريق والمسيل الا انه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره
وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل
عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره
لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود
هو الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا

في

في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من
غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين
جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب
الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين
لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل
له علو قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة ولا معتبر بغيره قال رحمه الله هذا عند محمد رحمه الله وقال
ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه
بئر ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع
هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في
المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين
من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل
السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات
العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو
السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل
واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالاخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر
الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من
العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة
وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو
فبلغت مائة ذراع فتساوي مائة من العلو المجرد ومن الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان
علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان
لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء خمسين

ذراعا من البيت الكامل بمنزلة ماية ذراع فخمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا
اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رحمه الله الذي ذكره قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رحمهم الله تعالى
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رحمه الله انهما شهدا على فعل
نفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفا والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى
الشهادة عليه اولانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفا وهو
فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا اقتسما باجرة لا تقبل الشهادة بالاجماع
واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة
صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما
لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفا
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو
امر القاضي امينه بدفع المال الى اخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في
الزام الاخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى
احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفا لم يصدق
على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة
استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر
انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رحمه الله ينبغي ان لا
تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت
بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفا وكذبه شريكه تحالفا وفسخت
القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار
المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى
الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة

فادعى

فادعى احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة البينة لما قلنا
وان اقاما البينة يوخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان
كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل
واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما
بينة تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة
عند ابي حنيفة رحمه الله ويرجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ
القسمة قال رحمه الله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح
ان الاختلاف في استحقاق بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين
لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة
اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله
وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون
رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شايع
ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف
المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما ولهذا
جازت القسمة على هذا الوجه في الابتدا بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث
والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع
المؤخر يجوز وكذا في الانتها وصار كاستحقاق شي معين بخلاف الشايع في النصيبين لانه لو
بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا
وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر و
قيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده
من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف
الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف
ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب
فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة

فيضمن نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه
يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من
التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه
الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان
المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق
بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع للتناقض اذ الاقدام
على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا **فصل** في المهايات المهاياة جائزة استحسانا
للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما
يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي
لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة
لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم فلا فائدة
في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة
وهذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جايزة فكذا المهاياة والتهايؤ
في هذا الوجه افراز لجميع الانصبا لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد ان
يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشرط لحدوث المنافع على ملكه ولو
تهايئا في عبد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا في البيت الصغير لان المهاياة
قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ
من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان
اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث
الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد
والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جايزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا
المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده
والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف
اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل

على

والدين له

351

على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا
يتسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما
عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى
بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الاخر جائز وجه الظاهر ان
التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت
في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق
واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة
في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين
يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان
لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر
يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل
احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره
زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية
لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين
معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول
فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من
الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان
التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع
الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا
ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان وفي
الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين
اثنين فتهايئا على ان ياخذ كل واحد منهما طايفة يستثمرها او يرعاها ويشرب

يستثمرها

في نوبة الاخر

البانها لان المهاياة في المنافع ضرورة لانها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد
القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد
مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوما استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض
المشاع جائز **كتاب المزارعة** قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع
باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع
ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل
فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي
عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج
ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة
وله ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض
ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد
ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو
جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى
اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله
فعليه مثل اجر الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر
الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة
بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من
يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه
والثاني كون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما
لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع
العامل والمدة هي المعيار لها لتعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة
واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب
من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لم يعلم لا
يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط

عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله
لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان
جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر
لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر
خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت
لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة
وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جاز لانه استاجره للعمل بآلة
المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت
الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره في ظاهر الرواية و
عن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده
وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة
الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل وكل ذلك
بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العمل لانه تجانست
المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما
ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر
والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز
عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا
بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر
قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون
الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي
باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط
دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون
الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج
الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما
لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما

لانه معين مشاع فلا يودي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض
عشرية وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما
زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى
هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللاخر ما يخرج من ناحية اخرى و
كذا اذا شرط التبن لاحدهما وللاخر الحب لانه عسى ان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا
التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يودي الى قطع الشركة فيما
هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة
فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط
والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف
فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين
والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد واستحقاق عن صاحب البذر بالشرط
قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا
فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة في الخارج فان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق
غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا
فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاخر بالتسمية وقد فسدت
فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد
على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها
اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل
ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها
فيجب قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو
جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر
هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج
لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه
العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر

ويخرج

ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب
له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر
عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان
امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد
لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع
رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما
فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين
بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين
فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد الزرع مات رب الارض ترك الزرع في يد المزارع
حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء
العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر
بالعامل فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض
وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة
ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج
الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء
لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو
نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال
حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه
في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت
مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد
الزرع والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد الزرع لان
في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما
لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا
مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد
في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء

ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر
القاضي فهو متبرع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك
لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع
فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته
لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له
وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو
مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب
الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا
لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة على
ما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان
شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو
انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى
بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مالا مشتركا بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما
واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل
او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل اعتبارا
بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا
هو الصحيح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على
العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس
واشباههما على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل
ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ
والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد
القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض
لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط
الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد
الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا

جائزة

(متطوع ٤) (للتعامل م) (الاصح ٤)

جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام
فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا
للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون
الاصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج
تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول
في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان
اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما
يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك
الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا
خريفا وربيعا وصيفا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه
غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة
الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان
يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها
تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط
جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت
المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد
يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة
لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة
فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين
فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة
في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا يجوز الا
في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان
كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان
يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل

بالعقد

(في الزرع ٤)

والثمر

بغير عقد بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بيناه قال فان دفع نخلا مساقاة
فيه ثمر تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل
جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق
الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانها في معنى الاجارة الفاسدة
وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه
فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك
الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى دفعا للضرر عنه ولا ضرر
فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط
وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في
المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من
الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي بيناها
في المزارعة وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق
مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار فان ابى
ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا
واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم
عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا
لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل هاهنا وفي المزارعة في هذا
عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل
وهاهنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار
لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه
فتفسخ ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار
الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل
هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من

جهته

جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض
والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا
قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغراس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما
عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف
البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فتجب قيمتها واجر مثله لانه لا
يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كتاب كفاية المنتهى
وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم و
لانه به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره
فانها تنبئ عنه ومنه قوله عليه الصلاة والسلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما
بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل
عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في
اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه
ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم واما دعوى كالكتابي وان
يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال
لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة
ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة
لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف
والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والتغلبي والعربي
لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه الصلاة والسلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد
فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه
بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما
قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما يذبح من
الصيد في الحرم والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال و
المحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح

المحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ المحرم لا يومن الشاة وكذا ذبحه لا يجرم على المحرم قال وان
ان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله
اكل في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء
وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من
الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما
الخلاف منهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب
علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ
ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا
للاجماع له قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى اولم يسم ولان التسمية لو
كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم
والاجماع وهو ما بيناه والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عليه الصلاة
والسلام قال في اخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية
ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى
لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجري على ظاهره اذ لو اريد به
لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي
وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم
التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط
عند الارسال والرمي وهي على الالة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي و
الارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح
غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى الصيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال
ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل وان سمى على سهم ثم رمى بغيره
صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وهو ان يقول عند الذبح
اللهم تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره
ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة

لم توجد

كالطهارة م

لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة
المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم
فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة
لانه اهل به لغير الله تعالى والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول
قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيح او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي
بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية
حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان
الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه
يريد به الحمد على نعمة دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله
والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف
قال الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه و
اعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع
المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال
والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله صلى الله عليه وسلم

او انهر الدم م

افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو
حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا
بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط
قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رحمه الله هكذا ذكر القدوري

اصحابنا ع

الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال
في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر
من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل
ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث اي الثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو
يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية

عن ابي حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر
بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع الودجين انهار
الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المري فانه
مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكثر
يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو
المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد
قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن
زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا
لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله
باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام
كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير
مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انهر الدم
بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة
كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم و
صار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما
يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان
قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم
فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد
فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول يكره
او لم يوكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب
الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة
وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت
ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او
قطع الراس كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع

عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى ان
تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه
وقيل ان تكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في
جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل
ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه الى المذبح وان ينخع
الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ
الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم
فلهذا قال توكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع
العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة
فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم توكل لوجود
الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش
من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن
ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الثاني دون الاول وكذا ما تردى من
النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رحمه الله لا تحل بذكاة
الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش
من النعم وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت
في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر
وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما
وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله
المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز
ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة
السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة
السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال
ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر

اليه في م

وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال ابو يو ومحمد رحمهما الله
اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين ذكاة
امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذا
امه ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها
واذا كان جزء منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل
في الحيوة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك ينفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة
ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود
من الذكاة وهو المميز بين اللحم والدم لا يحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم
عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام
مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه
ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن اكل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب
النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع
كل مختطف منتهب جارح قاتل عادي عادة ومعنى التحريم والله تعالى اعلم كرامة بني ادم
كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب
فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس
من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب
الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف
انه يكره لانه غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور
والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عائشة رضي
الله عنها حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات
والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء قالوا وانما تكره الحشرات
كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى

خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن
علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال
ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك
الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا
يضرب له سهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث
معاذ رضي الله عنهما والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه
والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس
باكل الارنب لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل
منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه
طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما الادمي لحرمته والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر في
اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح
المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السائلة وهي النجسة دون
ذوات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول
في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو
وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز
اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل و
ينتفع به في غير الاكل قال ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق
ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واصله قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل
وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه
الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم

خالد

لكرامته م

بعضهم م

الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه
الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو
مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك
لقوله عليه الصلاة والسلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد
واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله
لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن
جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا
الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد
وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ راسه ويشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على
المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل
علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كل كله وعد هذا
من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة
لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة
يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وينسحب عليه فروع كثيرة
بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف المتبحر عليها منها اذا قطع بعضها فمات
فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال
وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

الاضحية واجبة على كل حر مسلم
مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة
ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره
في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى
قول ابي يوسف ومحمد رحمهم الله سنة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه
السنة قوله عليه الصلاة من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا و
التعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر
لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه

الصلاة والسلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق
بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب
لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر
الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وتفوت بمضي الوقت
فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله تعالى اعلم ما هو ضد
السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص
الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها
قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة
الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره
ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بينا وعن ولده الصغير لانه
في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله
وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب
هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة
والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان
يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه
لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال
الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك
من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه
ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال يذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة
عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا
تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس
ويجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة
فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم

اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شا
الله تعالى وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز
عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه الصلاة والسلام على كل اهل بيت في كل
عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله تعالى اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يويده
ما روى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين
يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على
الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شي
من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم
اشترك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه
اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفة وجه الاستحسان انه قد
يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركا وقت البيع وانما يطلبهم بعده الجميع فكانت
الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان الشرا للتضحية لا يمنع البيع
انما يطلبهم بعد البيع فكانت الحاجة اليه ماسة والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشرا
ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره
الاشتراك بعد الشرا لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر
رضي الله عنهما لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه انه قال ليس على المسافر
جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز
لاهل المصر الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر
والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن
ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه الصلاة والسلام
ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه
الصلاة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن
الصلاة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلاة عليه وما رويناه حجة على مالك
والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان
الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز

كانام

الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي
بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر
كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف
صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما
صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا
بها اجزاتهم وكذلك على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في
ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلاثة ايام بعده لقوله عليه الصلاة والسلام
ايام التشريق كلها ذبح ولنا ما روى عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام
النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوا سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار
تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى
اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة
الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها
تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية
لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات
وقتها والصدقة يوتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الصلاة والطواف في حق الافاقي ولو
لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية
تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة الشاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على
الغني وتجب على الفقير بالشرى بنية التضحية عندنا واذا فات الوقت يجب عليه التصدق
اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى
بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجزي
في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي من النقي وهو المخ قال ولا تجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن
فلقوله عليه الصلاة والسلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب
فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها فان بقي اكثر الاذن
والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه

وهذا م

ايام م

ذنبها م

فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه
وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث
تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا
ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه الصلاة و
السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر من
النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه ابو الليث وقال ابو يوسف
اخبرت بقولي ابا حنيفة رحمه الله فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رحمه الله
وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو
عن ابي يوسف رحمه الله ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة
بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع
اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من
مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف
قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة
القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين
موجوئين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في
اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها
روي عن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف
به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز لان مقطوع اكثر الاذن
اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء
ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه
هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية
الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا
اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت
واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو

اضجعها

اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه
الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل
بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية
بغيرها من النبي صلى الله عليه وسلم ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزئ من ذلك كله الثني
فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ لقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا بالثنايا الا ان
يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه الصلاة والسلام نعمت الاضحية
الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من
بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل
ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي
يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال و
اذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه
وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم
ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت
جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد
هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم
ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها
وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع
الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز
وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت
لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت
ولو ذبحها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم
فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد
الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر

لقوله عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز
اكله وهو غني جاز ان يوكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات
ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم
عليها اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع
والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع بعينه
في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما
لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف
على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع
به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه الصلاة والسلام
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهية البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة
على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه
تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا
لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف الاضحية فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزام اقامة
القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان
يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن
الذبح وان كان لا يحسن فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان
يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي على
اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه
عمل هو قربة وانه ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت
بانابته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا
غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما استحسانا واصل هذا ان
من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية
في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا
وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه
الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام

النحر

النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة
لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد
القصاب رجلها ليذبح فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا
يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا
رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع
جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك
اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او
رفع الجرة واما لها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او ساق
الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا
يكون ضامنا في هذه الصور الفصول استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة
الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر رحمه الله بعينها
ويتاتى فيه القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه
لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل منهما صاحبه ويجزيهما لانه
لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد
منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو
باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره
كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها
بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك
له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رحمه الله تكلموا في معنى المكروه والمروي عن
محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس للتداوي
وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ
حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال

ابهام

والنساء لقوله عليه الصلاة والسلام في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في
بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول
الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه
تشبه بزي المشركين وتنعم بنعيم المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم و
يستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال
بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس
باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب
والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رحمه الله والركوب في السرج المفضض
والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي
موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي الكرسي والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف
رحمه الله يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف
الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف
والمسجد وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام و
الركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا
الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل
جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي
حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب
ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته
من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه
خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله
لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة
غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في
الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء
وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق

فلو

فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك
هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا
قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان
المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج
فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج
واما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط
فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم
المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة
الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق
سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان
عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن
الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان
المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به وان اراق الماء ثم
تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري
فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب
الحكم واما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك
وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثم
فيها لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل وقال ابو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت
وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا
القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان
حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى
فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية
على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان
ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع

القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة
بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني
بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون **فصل** في
اللبس **قال** لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج
وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل للنساء لحديث اخر وهو ما رواه عدة من
الصحابة رضي الله عنهم فيهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حريرة
وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا
ان القليل عفو مقدار ثلاث اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روى انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاث او اربع اراد الاعلام
وعنه عليه الصلاة والسلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده والنوم
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول
ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه
على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه
اياكم وزي الاعاجم وله ما روى انه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير وقد كان
على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنه مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح
كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف **قال** ولا
باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله انه عليه الصلاة والسلام
رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة
السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما
رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط **قال** ولا باس بلبس ما سداه حرير
ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون
الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت
هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة
والظهارة ولا ارى بحشو القطن باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس **قال** وما

كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار
للحمة على ما بيناه **قال** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم
والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب
اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا
بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام وراى النبي صلى الله عليه وسلم
على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال
ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس
بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال
حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بالذهب ولان
الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو
الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون
من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم
القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة
اليه **قال** ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في
الثوب فلا يعد لابسا له ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول
كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة
فانتن فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان
الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهو الادنى فبقي الذهب
على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن **قال** ويكره ان يلبس
الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس
حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها **قال** وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها
العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء ويمتخط بها وقيل اذا كان
عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في
الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه خيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم

والرحمة وكان ذلك من عادة العرب قال قايلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان **فصل** في الوطي والنظر والمس قال ولا يجوز ان ينظر الرجل من
الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس
رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة
المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا
واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه
قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه
الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة
فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح
اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان
كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى و
المحرم قوله عليه الصلاة والسلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم
القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها و
مس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبايل التي
كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجايز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما استاجر عجوزا
لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا
فان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت
لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم
عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة
الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء
الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما
النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي
فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان علم

انه يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده
اقامة السنة لا قضاء الشهوة قال ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة
وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدر يستر كل عضو منها
سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها
وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل
لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه امارة
المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين السرة الى الركبة لقوله عليه الصلاة
والسلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا
ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة
خلافا للشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر
عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه العادة لانه
لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الركبة من
العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه الصلاة
والسلام وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق
فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي
الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه
وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس
بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة
لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل
ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ
فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها
ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه
الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة
موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة
واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من

المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل
لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت
الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه
بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال
والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في
النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام غض
بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى
الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اتى
احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان
لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن
الآية والمراد والله تعالى اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد
والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها
ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام و
المرأة في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل
للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز
مناكحته بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين
فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا باس بان يمس ما
جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف
وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا
كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله صلى الله عليه وسلم العينان
تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم
اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر
المرأة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه

الى

في بيتها

الصلاة والسلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد
اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ
ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خاف على نفسه او عليها تيقنا او
ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها تتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها
فان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة
غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه
وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق
محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق
عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله
محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل
اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة
وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف
واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة
وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم
مجرد الحاجة قال ولا باس ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في
المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا يباح النظر في
هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك
لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال
واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر
والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت تشتهي وتجامع مثلها فهي كالبالغة
لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر كالفحل لقول عائشة
رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه
يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ
فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز
للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم

الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها م

الى الاجنبية م

لدخوله عليها

لدخوله عليها من غير استيذان وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان
الحاجة متحققة من غير استيذان وهو الدخول ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة
متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء
قال سعيد بن جبير والحسن البصري رضي الله عنهما وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث
دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه الصلاة
والسلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء
حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء
فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه
في النكاح **فصل** في الاستبراء وغيره ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا
يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام
في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة
افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه
هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة
عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء
محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية
ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر
مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب
سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى
الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير
ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها
وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب
دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ بالحيضة
التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك
قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان
السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل

الاجازة

الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء
الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى
الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها
بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة
لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضي للحل والحرمة لمانع كما في حالة
الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة
لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا
وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كتاب كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى واذا ثبت وجوب
الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار
ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع
في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة
قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله
انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف
المشتراة لما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر
لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام
للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا
تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين
او ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة
والامة في الوفاة وعن زفر رحمه الله سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله قال ولا
باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله وقد ذكرنا
الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها
ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل
الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض
ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب
وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل

بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر
ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي
للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا
وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا
فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال
ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها
بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها
واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا
بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز
الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على
ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي
فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج
الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يصر جامعا وقوله بملك
اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك
الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة
كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها
لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما
اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه
تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما حل له وطء الموطوءة
دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز
الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده
او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة
وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف

في

في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس به بالاجماع قال ولا باس
بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه الصلاة والسلام من صافح اخاه المسلم وحرك
يده تناثرت ذنوبه **فصل** في البيع قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال
الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل
الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع
بخلاف العذرة لانه لا ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو
الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت
خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها
ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في
المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها
لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق
لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع
له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها
لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر
اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم
يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف
ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك في حق الفاسق والعدل
ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك
مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك
لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى
يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة
قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد
من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان
غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها
انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا

ولو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة
الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس
بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ
ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها
من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك
تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد
بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده
فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارضعت من
امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد
رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها
لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين
فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع
في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري
فلا يحل له اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه
البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك
في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله
عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي
الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان
كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير
اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب
وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو
مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير
والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف

اعتبر

فائدة قام

369

اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر المعهود المتعارف
ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق
الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي صلى الله عليه وسلم من احتكر طعاما اربعين
ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما
فوقه كثير اجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص العزة وبين ان
يتربص القحط والعياذ بالله تعالى وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما ياثم وان قلت المدة و
الحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد
اخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان
لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما
يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه الله يكره لاطلاق ما روينا و
قال محمد رحمه الله كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق
حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق
به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه الصلاة والسلام
لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه
تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين
واذا رفع الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار
السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى
زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن
القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس
به بمشورة من اهل الراي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه
اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا
ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع
وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف عرف في بيع مال
المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك
قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب

الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل
ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا
لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان
المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع
فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من
ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد
التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه
وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير
في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان
غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها
ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يكره ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر
عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب
من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا باس
ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع اراضيها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا باس ببيع ارضها
ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء
ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة
محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد
شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه
الصلاة والسلام من اجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن
وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان
ياخذ به ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه
ثم ياخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الاخذ مسائل
متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن

ويروى

ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ
الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك
ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه
وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل
الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رحمه الله قوله تعالى
انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة
لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله تعالى
والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام انزل
وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والاية
محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال و
يكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة
قال ولا باس باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس
وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه
قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح ان
النبي صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسئلك
بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب ان كراهية الثانية
لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته
قديم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله لانه ماثور عن النبي
صلى الله عليه وسلم وروي انه كان من دعائه اللهم اني اسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى
الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر
واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك و
رسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر
وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث
ولهو وقال عليه الصلاة والسلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته
عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من

تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو يحكى عن الشافعي رحمه الله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
من لعب الشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله
تعالى وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم ما الهاكم عن ذكر الله فهو ميسر ثم
ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله باسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا باس بقبول
هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم
والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه نوع تبرع والعبد ليس من اهله
وجه الاستحسان انه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا
وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي
اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما
هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن
كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف
على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء
والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر ما كان
من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك
جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء
هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو
نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه
اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر
وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجره اذا كان
في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم
ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض
نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل
الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك
راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره

ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه
وصيانة لماله قال ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد
ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر
ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه عليه الصلاة والسلام
بعث عتاب ابن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض
له ولانه محبوس بحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان
الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون
كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها
ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء
الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع
على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا
لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا
يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ
في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في اخر السنة والماخوذ من الخراج
خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل
هو على اختلاف معروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة
والاصح انه يجب الرد قال ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب
في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد
امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم **كتاب احياء الموات** قال الموات
ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع
الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان عاديا لا مالك لها او كان مملوكا
في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف انسان من اقصى
العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رحمه الله هكذا ذكر القدوري و
معنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او
ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي

لايكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن
الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرط ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون
قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر
زاده رحمه الله وشمس الايمة السرخسي رحمه الله اعتمد ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن
الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه الصلاة
والسلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب
الصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف
الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في ساير الغنايم ويجب فيه العشر
لان ابتدا ~~الوظيف~~ توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا اسقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون
ابقاء للخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها
لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من
الثاني لانه ملكها بالاحيا على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول
بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحيا بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب
فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال
حقه قال ويملك الذمي بالاحيا كما يملك المسلم لان الاحيا سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة
رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلا
على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى
غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج
فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان
الاحيا انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله
او يعلمونه لحجر غيرهم من احيايه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما ترك ثلاث
سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه لابد من
زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه وزمان يرجع الى ما حجره فقدرناه

بثلاث

كانه الثاني م

لتحجير

بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر
بعد انقضايها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي
هذه المدة ملكها لتحقق الاحيا منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل
يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض و
احرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل
التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بيرها ذراعا او
ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احيا ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان
احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة
البنا وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية
ومطرحا لحصايدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون
مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر
بيرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه و
بغير اذنه عندهما لان حفر البير احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا
لقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته
ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة و
يتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما و
عند ابي حنيفة رحمه الله اربعون ذراعا لهما قوله عليه الصلاة والسلام حريم العين
خمسماية ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا
ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقا وقد يطول الرشا وبير العطن للاستقا
منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق
على قبوله والعمل به اولى من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق
الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه
وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد

فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البير فلا يحتاج الى زيادة المسافة قال و
ان كانت عينا فحريمها خمسماية ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين
تستخرج للزراعة فلابد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع
يجري فيه الماء الى المزرع فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسماية ذراع بالتوقيف والاصح
انه خمسماية ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل
وقيل ان التقدير في العين والبير بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد
كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع من ذلك كيلا
يودي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس
لغيره ان يتصرف في ملكه فان حفر اخر بيرا في حريم الاول للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا
ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل ياخذه بكبسه لان ازالة جفرته به كما في الكناسة يلقيها
في دار غيره فانه يوخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار
غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما
عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعدي ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان
بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير
اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعدي فيه
حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بيرا وراء حريم الاول فذهب ماء البير الاولى
لا شي عليه لانه غير متعدي في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول
لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة
البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها مالم يظهر الماء لانه نهر في
التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة
فيقدر حريمه بخمسماية ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن
لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو
مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه ويجوز
عوده اليه لم يجز احياوه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو
كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم

في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم
بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه
المسلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما
يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم للحاجة الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن
النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير
وله ان القياس يا باه على ما ذكرنا وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في
النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء
الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا
للنهر فالقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض
على ما نذكره انشاء الله تعالى وان كانت مسلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه
الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة
لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده
ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يديهما والمصراع الاخر معلق
على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضا في موضع الخلاف
قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على
انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالاخر دافع به الماء عن ارضه والمانع عن نقضه
تعلق به صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه
وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولاخر خلف المسناة ارض
تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله ليست المسناة في يد احدهما معناه ليس
لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف واما اذا كان
لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى
من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب
الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف
وقيل ان لصاحب النهر ذلك مالم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب الارض عنده

وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **فصل** **فصول** في مسايل الشرب في المياه واذا كان لرجل نهر او بير او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفعة والشفعة هو الشرب لبني ادم والبهايم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس حق الشفعة وسقي الاراضي حتى من اراد ان يكري نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهوا فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفعة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت صفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفعة ثابت والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص عنه الاول وبقي الثاني وهو الشفعة ولان البير ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان فيه ابقاء الشفعة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع واذا اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كانت البير او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفعة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء اخر يقرب من هذا الماء في

غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفعة او تتركه ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر صفته وهذا عن الطحاوي رحمه الله وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا تقطع الشركة في الشفعة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفعة والماء في البير مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البير ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبيره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والصفة تتعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الصفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه فيجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه **فصل** في كري الانهار الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من مال بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوايب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته

على اهياس الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الكْنى فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق
لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر
العام وهو ضرر بقية الشركا وضرر الابى خاص ويقابله عوض فلا يعارضه به ولو ارادوا
ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الابى
والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى كما في الكْنى وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص
ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابى بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان
بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا جميعا ومونة كرى النهر المشترك عليهم
من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم
جميعا من اوله الى اخره بحصص الشرب والاراضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل
لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي
وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا
كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما
يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله
والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكرى ارضه
حتى سقطت عنه مونته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل
ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفعة من الكرى شيء
لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل** في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه وتصح دعوى
الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى
الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد
صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه
فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا
النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في
دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب
كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدره

بخلاف

بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد
فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين
ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا
على ان يسكر كل رجل في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر
بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او
ينصب عليه رحى الا برضى اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء
الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في
ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان
يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا
ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من
نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا
فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص
ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر
لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة
بالكوى وكذا اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء
فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له
ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار
التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موقع القسمة ولو كانت القسمة وقعت
بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور
الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان
لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل
منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد
الشركاء ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد
يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى
هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى ينشف بعض

الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح بابا الى دار اخرى
ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين
في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز
ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما
لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل
ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فانه مبادلة الشرب بالشرب
باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك
حيث لا يجوز هذه العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا
سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في
النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة
ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين
صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حيوته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الارض
لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف
التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب
ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيؤدي من الثمن ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين واذا
سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت
ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب
اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء
المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا
اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي النيء من ماء العنب
اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض
الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وقوله عليه الصلاة والسلام
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل
وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر

استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا
لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور
ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن
فيه يحيى بن معين رحمه الله والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني
في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا
اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو
المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة رحمه الله ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف
الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد
واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث
ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال
ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه
جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة
انه عليه الصلاة والسلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره
وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات
ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه
اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام
لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما
بينا والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها
في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد
اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شربها حرم
بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها
وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون
ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما
في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان
بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه

واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر
منها لقوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد
فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه
انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر
فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على
ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر
واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق
والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف
بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة
لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق
فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء
التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى
تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع
الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت
الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ والله تعالى اعلم تتخذون منه سكرا
وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا
اشتد وغلى ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي رحمه الله وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة
هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها
اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة
من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية
واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما
لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية لسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده
يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون

الثلثين

الثلثين قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب
على العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق
السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام
ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه
ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام
الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض
ووجهه ان بقاءه الى هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل
ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد
الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف
رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وفي المختصر
قال ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب
منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وعنده والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث
العنبي على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال
سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد
فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا
لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه الصلاة والسلام
نهى عن الجمع بين التمر والزبيب وبين الزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على
حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة
والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من
غير لهو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل

يحد في المتخذ من الحبوب اذا اسكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد
فانه روى عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق
يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على ساير الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان
اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا
بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد
او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنها قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعي
رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق
وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه
الصلاة والسلام كل مسكر خمر وقوله عليه الصلاة والسلام ما اسكر كثيره فقليله حرام
ويروى عنه عليه الصلاة والسلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد
العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها
ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف
للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو
لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذا فبقي على
الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر
حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه
حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم
يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب
ثلثا ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة
رحمه الله وفي رواية عنه انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير
قايم فيه من غير تغيير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او
بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير
العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير
العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم نقع فيه تمر او

الماءم

ذبيب

ذبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ
من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه
لان التحريم للاحتياط وهو للحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه
لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت
والنقير لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في
كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن
النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل
ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق و
عند ابي يوسف رحمه الله يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر و
قيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته
قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي رحمه الله يكره التخليل ولا يكره الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه
قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا
من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم
الادام الخل من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام خير خلكم خل خمركم ولان بالتخليل
يزول الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة
والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ
والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا
في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه
وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل
فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال
ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا
لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبر دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال
على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به
كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه

وكذا اذا ع

لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه
شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا
فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا
غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم
ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا يحد
ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل**
في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر
ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد
يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير
او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل اخر ان العصير
اذا صب عليه قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء
والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب
ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار
كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير
وعشرون دورقا من الماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه
الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما
ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان فالسبيل فيه ان ياخذ ثلث الجميع فيضربه في الباقي
بعد المنصب ثم يقسم على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما
يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلاثة
ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة
فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه
شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان
وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طرق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج
غيرها من المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد

الفعل

الفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك
كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه
نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف
فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح
والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل** في الجوارح قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد
والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل
فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين
فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع
على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعملان لغيرهما
الاسد لعلو همته والذئب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير مستثنى
لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط
التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله
ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع و
يجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي
متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان
اية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم يشترط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركها
ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار
كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون
القليل والجمع هو الجميع الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما
ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدره بالثلاث

لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا نص فيفوض الى راى المبتلى به كما هو اصله
في جنسه وعلى الرواية الاولى عنه يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير
معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعلم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالترك
المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعلمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة
لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او
بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث
عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك
فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا
حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
لتحقق الذكاة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد
من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح
اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي
فيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما
قلنا قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يوكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في
دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى
الشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل
ثم اكل من صيد لا يوكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما
على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتدا واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر
حرمته فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما
هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان
الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان
المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه
صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتدا لان الحرفة لا ينسى
اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول
المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضا ولو ان صقرا فر من صاحبه

فمكث

وتبين عليه ما يصلح

فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل
من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه
وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ
الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا
فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه واكل منه لانه ما اكل من
الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك
قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة
فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من
الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك
البضعة فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا
اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد
فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في
الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه
الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب
عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم
البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يوكل في
ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي رحمه الله
لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه
قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره
لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى من المذبوح
لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت و
الميت ليس بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يوكل
وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا

اما اذا وقع في يده وما يمكنه ذبحه

فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج
ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لانه ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت
شاة في الماء بعد ما ذبحت قال وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يوكل ايضا
لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكر ان شاء الله تعالى
وهذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية
والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله
تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله اذا كان بحال لا يعيش
مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح
يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت
لو اخذه امكنه ذبحه لم يوكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل
لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه
حياة مستقرة فعند ابي يوسف رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما
لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه الى صيد واخذ غيره حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه
اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده
حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط
اعتباره ولو ارسله على صيد كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه
التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده
والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني
يصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى
وذبحهما بمرة واحدة يحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ
الصيد فقتله يوكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال
وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد
ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما
الى صيد فاصابه واصاب اخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد
اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ

وانما

وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم
اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يوكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما
مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله
انسان ام لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه قال وان
خنقه الكلب ولم يجرحه لم يوكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك
على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة
باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم و
لا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي
او كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه يريد به عمدا لم يوكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه
ولانه اجتمع المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني
ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في
الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس
من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة
ولم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله
لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان
تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر
تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده
والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل
يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله
مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة
الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا
في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان
الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل
المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه
ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الاخر اكل لانه

الامتناع عن الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما
كلبا فوقذه احدهما وقتله الاخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف
ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل** في الرمي
ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه
حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص
من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا يرى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه
تؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما لا يوكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر
ان اسم الاصطياد لا يختص بمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه و
اباحة التناول ترجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبله المحل لحما وجلدا وقد لا يثبت اذا لم يقبله
واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس ادمي او
حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت
اهلي والظبي الموثوق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري
وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب
صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى
سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى
عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه ادميا فاذا هو
صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب
اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم الة له فتشترط التسمية عنده
وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة
على ما بيناه قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في
الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم
يزل في طلبه حتى اصابه اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يوكل لما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام
الارض قتله ولان احتمال الموت بسبب اخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم

في

في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة انه لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي
رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا
يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر
محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه
قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يوكل
لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط
من عال يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء
فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا
يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز
عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة
ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان
التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او اجرة ثم على الارض
او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على
رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف اجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما
لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او
لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى
لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يوكل لاحتمال الموت بسبب اخر وصححه الحاكم وحمل مطلق
المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اذا اصابه حد
الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما
يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت
الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يوكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصاب المعراض
بعرضه لم يوكل لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه
فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يوكل ما اصابته
البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه

يجرح وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان
لنجرح خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم
وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه
قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر
كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود لا باس
به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسايل ان الموت اذا كان مضافا الى
الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع
الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او سكين
فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا
والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق
وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم
قد يحتبس بضيق المنفذ او بغلظ الدم وعند البعض يشترط الادماء لقوله عليه الصلاة و
السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل
بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم قيل
لا يحل وقيل يحل وجه القولين دخل فيما ذكرناه وان اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه
فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا
منه اكل الصيد لما بيناه ولا يوكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه
مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف
ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما ابين من الحي فهو
ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان
المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة
ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين
بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في
المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل
ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان

يبقي

يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع
في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسايل
فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوايم او اقل من نصف الراس يحرم
المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا
والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان
منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول
السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق
شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه
من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل
ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا
مات حل اكله لانه بمنزلة ساير اجزايه وان كان لا يتوهم بان بقي معلقا بجلده حل ما
سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني
لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبايح ولا بد منها في اباحة الصيد
بخلاف النصراني واليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن
رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه اخر فقتله فهو للثاني
ويوكل لانه هو الاخذ وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول
اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة
للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال
ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى رمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم
منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل
لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كانت الرمية الاولى
بحال لا يعيش منها الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش
يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة
لا عبرة بها عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف
من مذهبه فصار الجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء

ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا
مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف يعتبر يوم الاتلاف
قال رحمه الله تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد
قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا
وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى قال في الزيادات يضمن الثاني
ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة
لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا
واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون متلفا نصفه وهو مملوك للغير فيضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا
يضمنها ثانيا واما الثالث فلان الرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي
الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة
فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان
الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لانه
المحرم كذا هنا قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل لاطلاق ما تلونا
والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت فصيدي الابطال
ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه ولاندفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء
محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة
وبما روي انه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وقد انعقد
على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفا فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب
وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب
بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار
كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في

محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا
ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر
الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله لا يثبت في المنقول
الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان
من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا
مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء
سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله
قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من
الدين بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه
غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط
الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لانه بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فصار ما
اقتضاه العقد ان الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه الصلاة والسلام
اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك
واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته
والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن على ما
قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت
للمرتهن يد الاستيفا وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى
كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن
قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانبا ولان الرهن وثيقة لجانب
الاستيفا وهو ان يكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود
مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضا الدين لحاجته
او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا
يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه
الى استيفا الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفا يقع بالمالية اما العين امانة حتى

هذا الاستيفاء

كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب
عن قبض الشرا اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض الضمان وموجب
العقد ثبوت يد الاستيفا وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في
الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفا
عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفا منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة
من المسايل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع
عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع
منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسياتيك البواقي في اثناء المسايل انشا الله تعالى
قال ولا يصح الرهن الا بدين لان حكمه ثبوت يد الاستيفا والاستيفا يتلو الوجوب
قال رحمه الله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن
بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على
ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة به ولين كان لا يجب الا بعد الهلاك
ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد
وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف
الوديعة قال وهو مضمون باقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته
والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة
لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفا وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من
الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفا بقدر المالية وقال زفر رحمه الله
الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسماية و
الدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسماية له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان
الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون
مضمونة اعتبارا بقدر الدين ولنا ما روي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي
الله عنهما ولان يد المرتهن يد الاستيفا فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما
في حقيقة الاستيفا والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا
ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي عنه انه قال

المرتهن

المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق
بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر
ظلمه عند القاضي يحبسه كما بيناه من التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يومر
باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفا فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام
يد الاستيفا لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا
احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا
للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين
في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مونة فكذلك الجواب
لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومونة ولهذا لا يشترط بيان
مكان الايفا في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومونة يستوفي دينه ولا يكلف
احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان
الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع
المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف
المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه
ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه و
هو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى
قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار
الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض
الثمن يومر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا
قتل رجل العبد الرهن خطاء حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر
الراهن على قضا الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد
من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمته بفعله وفيما
تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر
ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم
يوتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في

يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بينا. ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يوجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رحمه الله معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانة تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذلك الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين

في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل انما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مونة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة الظئر لولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله ان كرى الماوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال لا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان احدهما

فانها

يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفا وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد و
هو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم وهو تعينه للبيع والثاني انه موجب الرهن
هو الحبس الدايم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق
من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو
جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما
لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل
القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله
وهاهنا الحكم ثبوت يد الاستيفا والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز
من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما
بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري يمنع في رواية الاصل وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقا اسهل من حكم الابتدا فاشبه الهبة وجه الاول
ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتدا والبقا سواء كالمحرمية في باب النكاح
بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة
على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقا ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة
ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على روس النخيل ولا زرع الارض
بدون الارض ولا رهن الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة
فكان في معنى الشايع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخل دون الثمر
لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس
بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض
بدون الشجر جايز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف
ما اذا رهن الدار دون البنا لان البنا اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي
مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي
لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل
تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جايز فلا ضرورة الى
ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير

ذكر

ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع
لما ذكرنا في الثمر ويدخل البنا والغرس في رهن الارض والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما
فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتدا الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته
والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او
متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع التسليم الدابة المرهونة
الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون
رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا او وعاء
دون الدار والوعا بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة
بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودايع
والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من
ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفا الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان
المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم
يضمن البايع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن فاما الاعيان
المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل
الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان
كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال
والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة والفرق ان الرهن للاستيفا ولا استيفا
قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة لالتزام
المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة
بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه
لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا
لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود
جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن والذي يصح على اعتبار
وجوده فيعطى حكمه كالمقبوض على سوم الشرا فيضمنه قال ويصح براس مال السلم و

بثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم
المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون
بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن
بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا
لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان
هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق
السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه
بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ
يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع
واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك
المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي
الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم
المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في
النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء
الارش ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا
بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء
ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز
للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم
ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا
لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها
مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز
فيما بين المسلمين قال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر
العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

وكذا

وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح
عن انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف
ابي حنيفة رحمه الله خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن
بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان
قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك
امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه
لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو
الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال
وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير
المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي
لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه
قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه
جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذلك وكيل
البايع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن
الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور
شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال
الصغير من نفسه فيتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن
عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لا يجوز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي
العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة
في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه
دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا
ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في
الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به
متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز
وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد

بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء، واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك
الابن ومات الاب فليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه
اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه
لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه
معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان
يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين
جايزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا
المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد ابو الاب اذا لم يكن او وصي الاب ولو رهن الوصي
متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم
فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله
بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما بيناه انشاء
الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير
متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه
ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي
بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه
متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة
نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا
يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب على اليتيم فالتقيا قصاصا ولو
كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم
لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى
المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن
بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل
الذي فصلناه فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق
المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا
الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب

او

او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لماله لولاية الاخذ
فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير
لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل
الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت
بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند
المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار
الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه
وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما
فيه قال رحمه الله معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق
لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول
وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين
فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن
ولا الى اعتبار القيمة لانه يودي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض
القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند
المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من
مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه فيتعذر التضمين فيتعذر
النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة
وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا مع ابي حنيفة رحمهما الله فيها
وفي هذا مع ابي يوسف رحمه الله والفرق لمحمد ان قبض الزيوف ليستوفي من عينها و
الزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل اخر فلا بد
من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق في الوجه الاول وهو
ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك
لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد

ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء
ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة
الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون
بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفا عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون
مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان
التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن
قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق عندهما
ظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان
باعتبار الوزن كله مضمونا فيجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان
الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة
عند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان
وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شايعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا
فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر
وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف
المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد رحمه الله
نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا
على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا
القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل
وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان
الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس
والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل

سماع

معينا

معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم تبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار
لعينه فيفسد ولو كان غايبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن
لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة
المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء
فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن
حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفا تثبت على المعنى وهو
القيمة قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن
فالثوب رهن لانه اتى بما ينبي عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطا والعبرة في
العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة و
قال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك يحتمل الرهن و
يحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك
لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطا علم ان مراده الرهن

فصل ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه
حتى يودي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان
الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضا الدين
وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به
فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول
ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان
احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن
عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما
لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته
محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا
بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله قال فان تهايا فكل واحد
منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من دينه منهما

لانه عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال
فان قضى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الاخر حتى يستوفي دينه لان جميع العين
رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين
حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن
بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من
غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده
وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينة انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء
لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في
حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما
بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما
كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان
لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة
الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس
هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ به لقوته واذا
وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد
في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه كان في يد كل واحد منهما نصفه
رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس
هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد
الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة
وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس
والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار
كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة
تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال
مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه

عند

عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة
وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا
لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين
كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده و
امانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك في ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن
ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الاخر
والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما
وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير
قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده
او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك
ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول
المرهون الى الراهن ~~ووصول الدين الى المرتهن~~ ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قايما في
يده يأخذه اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا يجمع بين البدل والمبدل قال و
اذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة
لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان
عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من
حقوقه الا يرى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن و
في العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا
حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا
اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان
الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال
وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان
مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى

في يده هلك ص

عن البيع نسيئة لم يعمل صح

بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه
لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براى غيره وعن ابي يوسف رحمه الله
ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار
راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لانه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل
حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضارب لانه حق المضارب وليس للمرتهن
ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا
المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان
حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه لما
ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى الوكيل ان
يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني لان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل
يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه
بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا
للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في
الفصلين واحد ويويده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل
الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قايم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه
مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه
مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه
من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد
الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لحما ودما قال وان باع العدل
الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن
الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف
هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قايما ففي الوجه الاول المستحق
بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد
في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضا لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن البايع نفذ البيع ايضا لانه ملكه

باداء

باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع
على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ
البيع وصح الاقتضا فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن
لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار
الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله
ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضا فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني
وهو ان يكون قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم
للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من
حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء
رجع على الراهن بالثمن لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه
صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد
بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد
حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع
على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي الضمان
على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من
العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق
المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره
الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه
تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رحمه الله هكذا ذكره الكرخي وهذا يؤيد قول من
يرى جبر هذا الوكيل على البيع وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل
فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد
في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء
الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه
اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه
فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه

والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا
ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه
بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه لانه وكيل منه
والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار
القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا
الكلام فيه في كفاية المنتهى **باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره** قال واذا باع
الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف
على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما
زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه
وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو
التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله
هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المرهون اذا بيع
برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا
وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري
عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح
الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه
في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن
الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات
القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه فصار كما اذا ابق العبد المشتري
قبل القبض فانه يتخير المشتري كما ذكرنا هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه
بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول
لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو
باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره فاجاز المرتهن هذه العقود جاز
البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح
تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن

والذي

والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت
اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال فان اعتق الراهن
عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا
لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على
بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة
تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا
يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض واعتق الآبق والمغصوب
ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال
ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل
اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى و
امتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد
الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق
بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب
باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان
كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان
سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه ان كان من جنس
حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان
بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من
ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رحمه الله تاويله اذا كانت القيمة اقل
من الدين اما اذا كان الدين اقل من القيمة نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه
اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف
المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده
وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن
ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالة اليسار والاعسار
وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة

الملك الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية ههنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان
رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبايع الا في رواية
واحدة عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البايع في الحبس اضعف لان البايع
لا يملكه في الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري و
المرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا
السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له
رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره
باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح
بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق
عندنا وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح
الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى و
اذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان
الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا
استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق
حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا القيمة
فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على
المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو
مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان موجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن
حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين
ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة
لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من
مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف
والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن
هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال
قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك

فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا و
سقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كانها هلكت بآفة والمعتبر
في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه
لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك واذا استهلكه المرتهن والدين موجل
غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان بدل العين
فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه
جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن
وان نقصت عن الدين بتراجع [السعر] الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب
بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط
من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع
السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن
الراهن الرهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة
بين يد العارية ويد المرتهن فانه هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض
المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في
الحال الا يرى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من
ساير الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن
على كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك
واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن
فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان
لما قلنا ولكل منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه و
هذا بخلاف الاجارة والهبة والبيع من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر
حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الى
المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات
فيبطل به حق الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن
من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن

وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك
بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن
الراهن المرتهن بالاستعمال لما بينا ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من
قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد
وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا
في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي
الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد
مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا
لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد
بالجنس وبالمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت
الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير
ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في
الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امر به ان كان قيمته مثل الدين او اكثر
فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب
الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون
القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله
لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة
وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن
لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه
جبرا على الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه
ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين
لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله وان
هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير
قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه ينكر الايفاء

بدعواه

بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لانه
القول قوله في انكاره اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان
يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود
المسمى لما بينا انه كالموجود فيرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن بالاستيفاء له
من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك
الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته
لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقضي دينه فيردها
الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما
حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فكانه
كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الراهن ثم ركب الدابة او استخدم
العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك بغير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع
لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان
وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في
الرهن يحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق بالاستيفاء قال
وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل
المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه
فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبدا
يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه يسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان
على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال
وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الجناية
الموجبة القصاص الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان
الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت
للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما ان

الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فايدة وهو دفع العبد اليه
بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى
المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله ولو ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد
وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق
اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فايدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفايدة
فان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل
ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم
الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن
الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي
قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى
مايه ثم قتله رجل وغرم قيمته مايه ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المايه قضاء عن
حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب
سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص
العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر
في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين
لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفا فيه اذ اليد يد الاستيفا واذا لم يسقط شيء
من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مايه لانه
يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفايت واخذه المرتهن
لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد
على دية الحر لان المولى يستحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا
فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفا من
الابتدا وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتدا الفا فيصير مستوفيا الكل من
الابتدا او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمايه لانه يودي الى الربوا فيصير
مستوفيا المايه وبقي تسعماية في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعماية

بالهلاك

بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه
لا يودي الى الربوا قال وان كان الراهن امره ببيعه فباعه بمايه وقبض المايه قضاء
من حقه فيرجع بتسعماية لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه
بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال وان
قتله عبد قيمته مايه فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد
المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمايه له ان يد الرهن يد الاستيفا وقد
تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر
ان العبد الثاني قايم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قايما وانتقص السعر
لا يسقط شيء من الدين لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار
ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب
اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هنا ولهما ان التغير لم يظهر
في نفس العبد لقيام العبد الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله تعالى
وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن
بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع
وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره
حتى صار يساوي مايه ثم قتله عبد يساوي مايه فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا
قتل العبد الرهن قتيلا خطاء فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك
التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفدا
لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل
للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن الفدا
لقيام حقه فاذا امتنع عن الفدا يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير
بين الدفع والفدا فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن
فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفدا
بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع

او الفدا لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين
كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع ارشه على حاله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق
رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفدا وان لم يؤد و
بيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق
ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر
فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه
الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل
من دين العبد يبقى رهنا به كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه
وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم
يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد
استوفي فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه
بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا
لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة
على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في
الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه رضاه به فان تشاحا فالقول لمن قال انا
افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفدا ابطال حق الراهن وفي الدفع
الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا
افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وليس
في الفدا غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس
للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفدا متطوعا في حصة
الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزم
والحالة هذه كان متبرعا وعلى هذا ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع
الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن
فانه يحتسب على المرتهن نصف الفدا من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى
او دفع فلم يجعل الراهن في الفدا متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفدا مثل الدين

او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفدا وكان العبد رهنا
بما بقي لان الفدا في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع
عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى
والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك
غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه
المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غايبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج
الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات
الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قايم مقامه ولو تولى الموصي حيا كان له
ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه
لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في
نصب الوصي ليودي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن
الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه اثر بعض
الغرما بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفا الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه
جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن اعتبارا
بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي
بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رحمه الله وفي رهن الوصي تفصيل
نذكره في الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة
فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا
للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى
ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير لتغير وصف المبيع
بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار
يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود
حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود
البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر

البيع م

بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء
الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون
رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان
الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لا تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها
وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته فيقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض
وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك
اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط
من الدين بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا و
صور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع
الصغير والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة فقال الراهن للمرتهن احلب
الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح
تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين
لانه اتلفه باذن المالك وان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة
اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه
المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل
بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته
من الدين فبقي بحصته وكذا ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي
يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يجوز زيادة في الدين
ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن
والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين
في باب الرهن كالثمن في باب البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع
بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين
توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في
الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسماية من الدين جاز

وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه
ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل
العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن
وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم
قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسماية وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين
الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار
وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض
واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن
مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام
ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا يساوي
الفا بالف ثم اعطاه عبدا قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن
والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين
وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في
ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل
الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الراهن يد
استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم
بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض
وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بينا من قبل وقبض الامانة ينوب عن
قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن
قبض العين ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن
يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا
لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق
فابراته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله تعالى قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها

ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابرا
ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك
بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابرا
ووجه الفرق ان بالابرا يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفا لا يسقط لقيام الموجب
الا انه يتعذر الاستيفا لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قايم
فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين
عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره
ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الادا لانه يزول به
عن ملك المحيل مثل ما كان له المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه
دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم
وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابرا

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء وما اجرى مجرى الخطا والقتل بسبب
المراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما جرى مجرى السلاح
كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا
يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك
المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقد نطق به
غير واحد من السنة وعليه انعقاد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى الآية الا انه يتقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود اي موجبه
ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون
ذلك قال الا ان يعفو الاوليا او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ
الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير رضاء
القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه
ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا
من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح
للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم

عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة
فيه عندنا وعند الشافعي يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليها في الخطا فكان ادعى
الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها ولان الكفارة
من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان
الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله
ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول
الشافعي رحمهم الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه
بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد
به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به
الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطا
العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا
مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغير قال
وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء
والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث
من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه
وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه
جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان
انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد
وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء
في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث سنين
لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم
من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار
هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب

ما تعمد

من بعدم

موضعا من جسده فاخطأه واصاب موضعا اخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد
وجد بالقصد الى بعض بدنه اذ جميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم
ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر
في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه ادمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فانزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق
بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة والحق بالخطأ في حق
الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على
ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد
فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة وما دونها لا يختص اتلافه بالة دون
الة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

قال القصاص واجب بقتل كل محقون
الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد لتنتفي
شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي
لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا
يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا
لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر
لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار
ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة
والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث
الشبهة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة
ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء
الشبهة والمراد بما روي الحربي بسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل
بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع
ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل
استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن

وبناقص

وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع
القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام
لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا لانه
سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في
صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه
وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة
من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ولا يقتل
الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص
ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا
على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل
به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على
المساواة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما
ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز رقبته فيجب التحرز
عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله
القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا
لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن
قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف
السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم
متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف
تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير
المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا
والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت
الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار
وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة
بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز

لان النزع لا يوجب العتق على اصله وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب امرأته مثلا ولا وارث لها غير ابنها منه فان ابنها منه يرث القود والواجب على ابيه فيسقط لما ذكرنا در المختار

واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له
فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن
برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر
راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه
وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي
بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج
تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن
الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه
فينزل منزلة الاستيفاء وجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده
كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك
العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان
استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في
الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن
قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض
لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا
كان بين الكبيرين واحدهما غايب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته
بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهم
كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغايب ثابت ومسئلة
المولين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه
بالعود فعليه الدية قال رحمه الله هذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب
وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه
للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا

الضرب

الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة
وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل
وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما نبينه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي
وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب
ولنا ما روينا الا ان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم
العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى
اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل بغير قصد والشبهة دارئة للقود فوجبت
الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص
منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان عندهما يستوفي حزا وعنده يغرق كما بيناه من
قبل لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة
العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل
السوط والعصا وفيه وفي كل خطاء ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة
فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبني على المماثلة ومنه
يقال اقتص اثره ومنه المقصة ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب
الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر
وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه
واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين
في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود
السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين
والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا
احد نوعي الخطاء على ما بيناه والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا
الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلف سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة
رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين
فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال صلى الله عليه
وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته

حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا
في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر
عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعن ابي يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى
عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما ذكرناه في كتاب التجنيس
والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا اخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصار
ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه
فيجب عليه ثلث الدية

فصل

ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله
عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته
ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع
الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي
سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا
في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا
لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ذلك
ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير مصر في
الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل
ان تكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور
عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي و
الدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي
انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله
فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان
اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو تحقق يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما
وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا
انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح
مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا
يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا

وانما

وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره
سلاحا في المصر فضربه به ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف
لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا
واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك ولانه
يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا
يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره
عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص
وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن
في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف
بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين
رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب
ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على
وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو ماثور عن الصحابة قال
وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن المقتص منه اكبر من
سن الاخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها
المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم
والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة و
النقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان
قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا لان شبه العمد يعود الى
الالة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه
باختلاف الالة فلم يبق الا العمد والخطا ولا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون
النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع
طرف العبد فهو يعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك
بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم

الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله بخلاف
الانفس لان المتعلق ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم
والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه
جائفة فبرئ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم
ولا ضابط في الثاني وكذلك البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد
المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء
قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق
كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن
ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفى ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي
بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء
عليه عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته
بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى
به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما
بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار
شجته يبتدي من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش كاملا لان الشجة موجبة
لكونها مشينة ويزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على
ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير
كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير
حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفاء
الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف
اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المماثلة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن
اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع
بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن
اذا قطع كلها او بعضها لانها لا تنقبض ولا تنبسط ولها حد يعرف فيمكن اعتبار
المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب فيها القصاص لانه يمكن اعتبار المساواة

بخلاف

بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل** واذا اصطلح القاتل واولياء
القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له
من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له
قتيل الحديث والمراد والله تعالى اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه
حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء
واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض
الى اصطلاحهما كالخلع وغيره فان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد
والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان
كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف
ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد
الشركاء من الدم او صالح عن نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان
لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا
لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون
السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه الصلاة والسلام امر بتوريث امرأة اشيم
الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله
ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الابن الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة
والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو
الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا
ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى
بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط
القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي
شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث
سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان
الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل

الدم وكله موجل الى ثلوث سنين فكذا بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو
في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من
جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالى اهل صنعا لقتلتهم ولان القتل بطريق التغا
غالب والقصاص مزجرة للسفها فيجب تحقيقا لحكمة الاحيا واذا قتل واحد جماعة
عمدا فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شي لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم
قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال
وان اجتمعوا ولم يعرف قتل لهم وقسمت الدية بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن
خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا
تماثل وهو القياس في الاصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل
بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص
ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى
ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحيا وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن
وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص لفوات محل الاستيفا فاشبه موت العبد
الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد
رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رحمه الله
تقطع يداهما والمفروض اذا اخذ سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالنفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد
منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجز فيضاف
الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل
بطريق الاجتماع غالب جدا اذ الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في
حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطية فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف
الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها فان قطع واحد يميني رجلين فحضرا
فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما
معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان
اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي

القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي لا يظهر
الا في حق الاستيفا اما المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في
المحل وصار كما اذا قطع العبد يميني رجلين على التعاقب تستحق رقبته لهما وان حضر
واحد منهما فقطع يده فللاخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد
حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفا فتعين حق الاخر في الدية لانه اوفى به حقا
مستحقا عليه قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي
حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم لانه مضر به فيقبل ولان العبد
مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود و
القصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم
منه الى اخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطاء كانه رمى الى صيد فاصاب ادميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله عمدا قبل ان تبرء يده او قطع يده عمدا
ثم قتله خطاء او قطع يده خطاء فبرات يده ثم قتله خطاء او قطع يده عمدا فبرات ثم
قتله عمدا فانه يوخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما
امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة
بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع
في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخريين لتخلل البرء وهو
قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطائين يجمع بالاجماع لامكان
الجمع ويكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرء يده فان
شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع
بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود
وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو
متعذر ولان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود

على الجاني فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا
كانا خطائين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش
اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل
وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القتل والقطع قصاصا يجتمعان
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرء من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة
لانه لما برء منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار
للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وفي مثله
حكومة عدل وعن محمد رحمه الله انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه
وبقي له اثر يجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال
ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية
في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو
عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو عفو من جميع المال وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا
الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرت الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن
موجبه وموجب القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد
موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عنه عفوا
عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا
هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم
يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل
وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو
الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي
دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري
قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف الجناية
لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن
السراية والقتل ولو كان القتل خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا

وعن ابي يوسف رحمه الله

وخلافا

وخلافا اذ لا يذكر اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من
جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى
باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا
قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان
خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا
عما يحدث عنه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع ان كان عمدا يكون
هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط
فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء
الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم
يتناوله العفو فتجب الدية ويجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما
بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان
في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ
يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان
المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان
الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او
على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح
مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها
لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط
القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة
مقدار مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك الميت وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح
مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج
من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانها محاباة فتكون
وصية وترفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب
جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة
فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف

وما يحدث منه ح

ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا اثر وجاها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث
منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات
فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود و
استيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القود
وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه
ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود
فلم يكن مبريا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد
قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه
ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برئ او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته
قبل البرء وبعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن
الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال
وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه
تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما
اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا
وبرأ الصحيح انه على الخلاف واما اذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز
بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع ان كانت تابعة قياما فالكف تابعة لها
غرضا بخلاف الطرف لانها تابع للنفس من كل وجه ومن له القصاص في الطرف اذا استوفى
ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه
استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب
القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام
والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا و
لهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى

القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من
المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها
والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة
على القتل ثم حضر الغايب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان
كان خطا لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما في الخلافية ان
القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه
لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه
بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه
الخلافة دون الوراثة الا يرى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين
والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته
فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين
فيعيد البينة بعد حضوره قال فان كان اقام القاتل البينة ان الغايب قد عفاه
فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص
الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغايب فينتصب الحاضر خصما عن
الغايب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غايب فهو على هذا الباب
قال فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه قد عفا فشهادتهما
باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب
القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه
لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود
عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية
معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص
فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود
عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه

لان سقوط القود يضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل
ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل
صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة على قتل
العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب
صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال واذا اختلف
شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل
لا يعاد ولا يتكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان اخر او مكان والقتل بالعصا
غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد فتختلف احكامهما فكان على
كل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري باي
شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري
باي شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل
يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق
والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على
اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولو اكذبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه
في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله
لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما
انه قتل فلانا وقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله
وشهد اخرون على اخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان
الاقرار والشهادة يتناول كل منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل
التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته
اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع
صحة الاقرار

باب اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ
بالله تعالى ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ عليه لانه
بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبريا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد
الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر

حالة

حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى
جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت
الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا وكذا
اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا
بصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه
قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي
وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت
بقي مجرد الرمي وهو جناية تنقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي
فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك
الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان
للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما
الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات
فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان
يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاضافة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن
قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامي
لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع
الرمية بالصيد لم يوكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان
المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية والسلب
عنه ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال
صيدا ثم احرم فلا شئ عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام
وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في
اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية
قيدها بوصف الايمان فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ
فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور

كل الواجب بجرح للفا او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه
مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته
قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا ودية عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة
من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون
حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلثون جذعة وثلثون
حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقول النبي عليه الصلاة والسلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها
اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه الصلاة والسلام في
نفس المؤمن مائة من الابل وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة
التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض
به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير
الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل
لما بينا من قبل والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت
لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واياه اخذنا
به والشافعي رحمه الله رواية ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على
نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور غير ان
عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه ومن العين
الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا
لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي
انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع
الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم
الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على
اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء
مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة

عدمنها

عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح من الدية على الزيادة على مائتي حلة
او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف
وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على علي كرم الله وجهه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي رحمه الله
ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان
بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم
والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية
المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم
لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا
وللشافعي ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية النصراني واليهودي اربعة الاف
درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده
الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف روايته ولم
يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك رحمه الله فانه ظهر به عمل الصحابة
رضي الله عنهم **فصل** فيما دون النفس قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي
المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن
الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه
والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا
في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من
كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان و
الانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال
وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة
لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة
وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان

كانت الالة قايمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه تفوت به منفعة الجمال وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقه تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تبع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كانت النابتة على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك بان كان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزينه في الجمال وفي العبد يجب حكومة عدل لانه تنقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطا على هذا الجمهور وفي الحاجبين

الدية وفي احدهما الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية وفي الشفتين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية و لان في تفويت الاثنين من هذه الاشيا تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المراة لما بينا بخلاف ثدي الرجال حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع قال رحمه الله وا[illegible] مساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بينا قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رحمه الله يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال وكل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي

فيجب كل م

الشفر منبت الاهداب

في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر
التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطاء فان كان عمدا ففيه القصاص وقد
مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا
شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة
ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لفوات جنس المنفعة وكذا لو احدب
لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها
لا عن اثر فصل في الشجاج قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي
تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين
والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة
وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين
اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي
تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل
الى ام الراس والجايفة وهي الذي فيه الدماغ قال وفي الموضحة القصاص ان كانت
عمدا لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي
السكين الى العظم فيتساويا فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج
لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق
الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد
في الاصل وهو ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار
المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار
ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره
فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله
قال وفي الموضحة ان كانت خطاء نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجايفة ثلث الدية
فان نفذت فيهما جايفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه

ان النبي

ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة
خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال صلى الله عليه وسلم في الجايفة
ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جايفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية
ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جايفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من
جانب الظهر وفي كل جايفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله
انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه
بدءا مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد
هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع
قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص
بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة
في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب
حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد
الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في
الغالب وهو العضوان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو
قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه
مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما
به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجايفة تختص بالجوف
جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم
مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر
وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف
عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه فصل وفي اصابع اليد نصف
الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع
الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما بينا فان قطعها مع
الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفي اليدين الدية وفي

احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن
ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ
لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا
يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش متعلق بالكف والاصابع دون
الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا
كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل
في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان
كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا
لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من
حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة
اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم
وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع
الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك
السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل
وقال الشافعي يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا
ان المقصود من هذه الاعضا المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل
بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود
هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت
ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون
بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطاء قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر
راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضا
فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت سقط

والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع
رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش
الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف
ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما
جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل
لان منفعته عائدة الى جميع الاعضا على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن
فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا
موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا ينبغي ان
تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين
وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا
قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة
عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن
كلها ولو قال اقطع المفصل واترك ما [illegible] يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي
لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل وقع في محلين فيكون
جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا
فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله ان الجراحة
الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر
فاورثت نهايته شبهة الخطاء في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من
سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا
وان قطع اصبعا فشلت اخرى الى جنبها فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة
وقالا وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة

فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر
يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند
محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص
كما لو الت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب
الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قصاص في التسبيب بخلاف السراية الى النفس
لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا
على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتاكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع
سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش
كاملا لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتداة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت
معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم تفت عليه منفعة
ولا زينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره
فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد
به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت
عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوع سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى
الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفي بغير حق لان الموجب فساد المنبت
ولم تفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستانى حولا بالاجماع وكان
ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا
بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبت
تبين انا اخطانا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب
المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستانى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه فالقول
للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت
منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك
يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول قول الضارب لانه ينكر
اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط

لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه يجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى
ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب
القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا
قصاص لما ذكرنا وكذا لو اخضر او احمر ولو اصفر فيه روايتان قال ومن شج رجلا فالتحمت
الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين
الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم
الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء
بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول المنافع على اصلنا لا
تتقوم الا بعقد او بشبهة العقد ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب
رجلا مائة سوط فجرحه فبرا منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا
لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطا ثم
قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب
واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء
قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرا وقال الشافعي يقتص منه في الحال
اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مالها لا حالها لان حكمها
في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال
وكل عمد سقط القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في
مال القاتل لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان
الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب
حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية
في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب
حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا
لحقه في نفسه حالا فلا ينجبر بالموجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون موجلا كدية
الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم

ثبت بالشرع وقد ورد به موجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ
باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف به الجاني فهي في ماله ولا يصدق
على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في
حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها
خمسماية فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد
حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه
الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان
بالقتل ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه
سواء ولان الصبا مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية
على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب
على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما
القصد فصار كالنايم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة
كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم **فصل** في الجنين واذا ضرب
بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال رحمه الله معناه دية الرجل
وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسماية درهم والقياس ان لا يجب
شيء لانه لم نتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما
روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسماية ويروى او
خمسماية فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستماية نحو مالك والشافعي
وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسماية درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا
انه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه
عليه الصلاة والسلام دية حيث قال دوه فقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث
(اي ادوا الدية)
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسماية ويجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه
بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال
بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل
النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا

بالشبهين

بالشبهين الاولى في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لانه بدل العضو واذا
كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر تجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء
منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان
في الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار
واحد وهو خمسماية وان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق
وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه الصلاة
والسلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا
ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه
دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته
بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه
يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث
عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امراته فالقت
ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث
للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان
انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقداره
من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في
الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف
يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهايم وهذا لان الضمان في
قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره فيصح الاعتبار على اصله فان ضرب فاعتق
المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد
العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية
وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا
عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع
للسراية على ما نذكره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد

عرفت في النفوس مطلقة فلا تتعداها ولهذا لا يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه
ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان
بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق
امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر
يتميز من العلقة والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ومن اخرج الى
الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان
ينزعه لان كل احد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض لو احدث
غيرهم فيه فكذا في الطريق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له
حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك
لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب
الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة
لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف
الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده
حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن
فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه
فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق
وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرناه في اول الباب وكذا
اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على اخر فماتا
فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر
فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه
في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا
فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث
لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر
النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا
للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله

او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب به
انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب
ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه وان حركته الريح الى موضع
اخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه
فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة
لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم
لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب
فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم
اليه فاقتصر عليهم فان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح
الاستيجار حتى استحقوا الاجرة ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه
فكانه فعل نفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة
وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك
في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل
ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث
يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن
ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل
هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور
على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن
لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او
بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا واذا
استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان
على الامر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر
قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته
وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة
تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق

بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان
حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى
لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا
فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ
لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع الصغير في البالوعة
يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث
فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في
حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على
هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة فيما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك
ان حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره
والفنا في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفنا مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما
اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب
متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو
يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى
الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث
بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء لحفروها له في غير فنائه
فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها غير فنائه لان الاجارة صحت
ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه
الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الامر
لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشر فيرجع للغرور وهنا يجب الضمان
على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد فترجح جانبه فان علموا
بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا
اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على

المستاجر

وضمن ... [illegible]

المستاجر لانه كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لاطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين
والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى
ما ذكرناه فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد الرجل
المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي قنطرها وكذلك ان وضع خشبة في الطريق
فتعمد الرجل المرور عليها لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكانت
الاضافة الى المباشرة اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي
قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر
به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل
الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة و
اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد
انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد
للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن
وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
في الوجهين لان هذا من القرب وكل احد ماذون فيه في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة
كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق
بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار
الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل
غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا
الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله
قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن اذا كان في الصلاة وان كان
في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا
لقراءة القران او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه
لحديث فهو على هذا الخلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن
بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها
فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة او لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث

فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة ولان المسجد بني للصلاة وهذه الاشيا ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس الاصل مباحا مطلقا والجلوس انما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا عزو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا اوطا غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة وامر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده **فصل** في الحايط المايل واذا مال الحايط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة بشرط هو متعد فيه لان اصل البنا كان في ملكه والميلان وشغل الهوى ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحايط لما مال الى الطريق فقد اشغل هوا المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا حتى يضمن اذا هلك في يده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فتنقطع المادة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحايط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية ويتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطا فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه فطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحايط لانعدام التعدي ولو بنى الحايط مايلا في الابتدا قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البنا تعدى ابتدا كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجل وامرأتين

[margin: ان كان ...]

التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركا في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امراة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به فان مال الى دار رجل فالمطالبة لصاحب الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذلك بازالة ما شغل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جايز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه بالنقض وقبضها المشتري برئ عن الضمان لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحايط وتفريغ الهوا ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حايط الصبي لقيام الولاية وذكر الامام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هولاء كفعله ويصح التقدم الى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان له ولاية النقض ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحايط المايل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاوليا لا اليه وان عطب بالنقض يضمنه لان التفريغ اليه اذ

[margin: يغ]

النقض مكنه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب
بجرة كانت على الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك
غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحايط بين خمسة رجال فاشهد على احدهم
فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة فحفر احدهم
او بنى حايطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر
وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش
الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر
لان اصل ذلك ليس بعلة وهو التعليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل فاذا كان
كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان
كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت ام كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف
الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت
الدابة وما اصابت بيدها او برأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن
ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط
السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة
عما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد
بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات
التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه
مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه
التحرز عن الايقاف ان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق
فيضمنه قال وان اصابت برجلها او بيدها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا
صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه
الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير
عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف

او رجلها م

قال

قال وان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات
السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك
الا بالايقاف قال وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان ببولها او بروثها ضمن لانه
متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير
لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسايق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقايد ضامن
لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رحمه الله هكذا ذكره القدوري في مختصره
واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السايق فيمكنه الاحتراز
عنه وغايبة عن بصر القايد فلا يمكنه الاحتراز عنه وقال اكثر المشايخ ان السايق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز بخلاف
الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون
النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام
الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا
تخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير كل شيء ضمنه الراكب ضمنه السايق والقايد
لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد
بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأت
الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب
مباشر فيه التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له
وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم
المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية
دون السايق والقايد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسايق قيل لا يضمن
السايق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسايق مسبب على ما
ذكرناه والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان
قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر
والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن
علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه

النفحة

وصاحبه فيعتبر نصفه ويهدر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبير ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنايم اذا انقلب على غيره ويروى عن علي كرم الله وجهه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسايل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطاء ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطاء لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ففي الخطاء يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فياخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فياخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر ياخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا ساير ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشيا كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطى فان وطي بعير انسانا ضمن به الدية على عاقلته لان القايد عليه حفظ القطار كالسايق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله فان كان معه سايق فالضمان عليهما لان قايد الواحد قايد للكل وكذا سايقه لاتصال الازمة وهذا

اذا كان

اذا كان السايق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب مما هو خلفه ويضمنان ما تلف مما بين يديه لان القايد لا يقود ما خلف السايق لانفصام الزمام والسايق يسوق ما كان قدامه قال فان ربط رجل بعيرا الى القطار والقايد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتل فعلى عاقلة القايد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطاء ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل واحد منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القايد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سايقا فاصابت في فورها يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا او ساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سايقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سايقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نايبا عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في ضمان العدوان وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رحمه الله وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لا ينقطع حكم الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد

لا ينقطع حكم الارسال لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لتمكنه من الصيد وهذه
تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى
صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه
لانه شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب
الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمته فافسدت زرعا في فورها ضمن المرسل وان مالت
يمينا وشمالا وله طريق اخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او ادميا ليلا
او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه الصلوة والسلام العجما جبار قال محمد رحمه الله تعالى
هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال
واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر
الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل
والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روى ان النبي
صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها
مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي
وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي
في ايجاب الربع وبشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة
اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها
ومن سار على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا برجلها او ضربت
بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن
عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس
فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في
فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق
يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت
الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت
ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه
على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف

في ملكه

419

في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب
نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب
الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا
ضمان عليه في نخستها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل
اليه عن الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية
عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة يضاف اليهما
والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر
عليه والركوب وان كان علة في الوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة
للسير والسير علة للوطء ولهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في
بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لان الحفر شرط علة اخرى
دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل
بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل
عنه صار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى
ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل
عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به اخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس
انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن
في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب
على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها
فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سايق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما
ولو نخسها بشيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتله فالضمان على من نصب
ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله باب جناية المملوك
والجناية عليه قال واذا جنى العبد جناية خطاء قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه
وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفايدة الاختلاف
في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم لان

الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه و
لا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في
ذمته كما في الديون وتتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية
على الادمي حالة الخطاء ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو
معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته
لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حيث تجب على اهل الديوان
بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن
الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع و
الفدا لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب
الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب
وان كان له حق النقل الى الفدا كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا
يتعلق بالجاني الحر استيفا فصار كالعبد في صدقة الفطر قال واي دفعه ملكه ولي
الجناية وان فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان
باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفدا فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع
وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه وياخذ حكمه فلهذا وجب حالا
كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شي لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق
به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفدا فلانه لا حق له الا الارش فاذا
اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه
لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفدا لم يبرء لتحول الحق
من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم
الجناية الاولى معناه بعد الفدا لانه لما طهر من الجناية بالفدا جعل كان لم يكن
وهذا ابتدا جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين
يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية
فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما

الشجاج

وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم
لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين اخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على
النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم و
يدفع الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف
اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي
من احدهما ويدفع الى الاخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق
يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى
وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا
للفدا لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من
الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير
والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية
الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه
نقل الملك لجواز الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر
فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما
دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه
يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان
الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف
الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه
مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه
بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة
اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار
اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطيها وان لم يكن
معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على
ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص ولهذا

قلت وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار
كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي
وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال
لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذا في كل ما اخذ منها
الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى
حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم امر برده
حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التمليك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر
بالرد عليه ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره
فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى
مفقودة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن
يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بخلاف الوطء و
الغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت
مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل الاستناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر
العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة
وعمده وخطاؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا لانهما
لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع
لعاقلة الصبي على الصبي الامر ابدا ويرجعون على العبد الامر بعد العتاق لان عدم
الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية
قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما يخاطب
مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق
باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل
خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا
يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما

وليان

يضمن م

وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه
بعشرة الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب
مالا فصار كما لو وجب المال من الابتدا وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين
الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما
عمدا والاخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف
للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لولي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان
حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضايق
في الفدا فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي
من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطأ و
ربعه لاحد وليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ
بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فيتنصف فلهذا يقسم
ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله
التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر
واضداد ذكرناها في الزيادات بتوفيق الله تعالى قال وان كان عبد بين رجلين فقتل
مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع
الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قتل وليا
لهما والمراد القريب ايضا وفي بعض النسخ ذكر قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وذكر
في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف الجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف
في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد على [illegible] سبيل الشيوع لان
ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا انقلب مالا يكون على هذا الوجه الى
وجه قولهما ان القصاص كان واجبا على العبد نفسه فاذا عفا احدهما ينقلب
نصيب الاخر مالا وذلك نصف الدية لكن شايعا في كل العبد فما لاقى نصيب نفسه
سقط وما لاقى نصيب شريكه وهو العافي ثبت فصار جناية موجبة ربع الدية فيفديه
او يدفع ربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية لو اوجبت كل الدية لوجب

دفعه م

دفع كل العبد ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان حق كل واحد منهما في القصاص في نصف
العبد لكن غير معين لان كل نصف يصلح محلا للقصاص سواء كان ذلك النصف
نصيبه او نصيب صاحبه او شايعا بين النصفين فاذا انقلب نصيب الذي لم يعف
مالا انقلب في محل القصاص فيكون غير متعين ايضا فعلى تقدير انه لاقى نصيب نفسه
بطل جميعه وعلى تقدير انه لاقى نصيب شريكه ثبت جميعه وعلى تقدير انه لاقى نصفا شايعا
من النصيبين ثبت نصفه وبطل نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب بالشك **فصل**
ومن قتل عبدا خطاء فعليه قيمته لا يزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة
الاف او اكثر قضي له بعشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة الاف
الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب
قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة
ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا
من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية
اصلا وبدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى
ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية
حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلوهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى
عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال
وبقاء العقد يتبع فايدته حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية
فكذا امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرنا ه
بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في
العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنه
قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه
فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر
فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه
وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب
ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة

غير

خمسة م

باعتبارهما

غير المولى فلا قصاص عليه والا اقتص منه هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان
اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان
القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار حالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفا
فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في
الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما
من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد
في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فينزل
منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعني هذه الجارية بكذا وقال
المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها
يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت
الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له ~~مجهول ولا يعتبر~~ معلوم والحكم متحد
فوجب القول بالاستيفا بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا يعتبر باختلاف
السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك
النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في
الخطا دون العمد لان العمد لا يصلحها لكمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه
فجاء الاشتباه واما العمد فموجبه القصاص والعبد يبقى على اصل الحرية فيه بطل
اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه في من
الحق فاذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت
الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب
في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع
العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف

المعينين فبقيا مملوكين في حق النسبة ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق
ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد النسبة بقي محلا للبيان فاعتبر
انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر
بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة
المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس
يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا
ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف
فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء
امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء امسك العبد واخذ
ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة
لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ
احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف فسقوط
اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من
وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا
للضرورة رعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني
المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين
لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى
على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء
المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان
المالية ان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا يرى
ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان
موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء
ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين
حظهما من الحكم **فصل** في جناية المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية
ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر

بيناه

على

على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره
الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش
لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا يخير بين
الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان
الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت
لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد
وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال
الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى
القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى
دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية
موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله
ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما
فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى
ومتأخر حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة
في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين فاذا اعتق المولى
المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار
وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة والمدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع
من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق
لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره لا ينفذ على السيد **باب** غصب العبد
المدبر والصبي قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه
قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء
عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك
بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية
مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو

الجناية م

وام الولد بمنزلته م

والجناية في ذلك م

استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه
فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده
جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان
المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير
مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على
قيمتها وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف
قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما
اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك
على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف
قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض عما سلم لولي الجناية الاولى
فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر
الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه
احد وانما انتقص بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا
ياخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من
يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده
جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين ويرجع بنصف القيمة على الغاصب
لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ هي كانت
في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع
بخلاف الفصل الاول عند محمد ثم وضع المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى
في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى
ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف القيمة فيدفعه الى الاول
ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل
يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية

ثم رده على المولى ثم غصبه فجنى جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة
بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد
الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق نصف القيمة لان عند وجود الجناية عليه
لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق
بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى الجناية الثانية لانه لا حق له
الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف
كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد وهو ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي
الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في
هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي
الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى فليس عليه شيء وان
مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس
ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه
لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا يدا ورقبة اولى وجه
الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه
نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع
لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان
شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاة او بحمى
لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض
نقول انه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتله تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا
فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا
اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد
ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف
الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل
وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل

يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما
حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد
الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بالضمان
كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث
وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ
ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان
لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى
على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة
بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره قال واذا استهلك مالا ضمن يريد به
من غير ايداع لانه يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي
بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء
خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك
يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما
ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة
او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا
له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم
للشافعي رحمه الله في البداية بيمين الولي قوله عليه الصلاة والسلام للاولياء فيقسم منكم خمسون
انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا
كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا
وجبت الدية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على المدعى
عليه وروى ابن المسيب رحمه الله ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة
وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون
الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى

ان لا يستحق به النفس المحترم وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين
الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما
ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون
ويعلمون تفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما تفيد يمين الصالح ولو اختاروا اعمى
او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال واذا حلفوا قضي على اهل المحلة
بالدية ولا يستحلف الولي ولا يقضى له بالجناية وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة
والسلام في حديث عبد الله بن سهل رحمه الله تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد
مبرئا في الشرع للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه عليه الصلاة والسلام جمع
بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وكذلك جمع بينهما في حديث زياد وكذلك جمع
عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء
عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئا عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت
لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص لتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا
بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم
ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة على ما
عرف في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته
تعظيما لامر الدم فلهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين
بدل عن اصل حقه ولهذا سقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا تسقط ببذل الدية
هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض
لا باعيانهم والدعوى في العمد او في الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على
البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب
في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة
والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى
عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما
عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم فيما
وراءه يبقى على اصل القياس كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان

تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى
ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه
نص فلو اوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له
بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس
ثم ان حلف برئ وان نكل فالدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف
قد مضى في كتاب الدعوى قال وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت اليمين عليهم حتى يتم
خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا
فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل
ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمام هذه السنة ما امكن ولا يطلب فيه
الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا
فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال
ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل النصرة القول الصحيح واليمين
قولهم قال ولا امراة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال وان وجد
ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت
حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا
وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه
لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره
او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه
في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس
في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد
اقل من النصف ومعه الراس او وجد رجله او يده او راسه فلا شيء عليهم لان
هذا حكم عرفناه [illegible] بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل
تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا
لو اعتبرناه تجتمع القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة فلا يتواليان والاصل

ثم ذكر حكمه بعد ان نسخ

فيه

فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب في الموجود
وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة
الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط
ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب
وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا
وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على
دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا
كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في
ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو
على اقربهما لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع
وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وداعة وارحب كتب بان
تقيس بين القريتين فوجد القتيل الى وداعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل
هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث
فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان
الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في
القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى
هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا يرى انه عليه الصلاة والسلام
جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة
البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير
اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم اقرهم على املاكهم
وكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة دون المشترين وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما
يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية
باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو
المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله

تكون بالملك صح

بني ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا
وان لم يبق واحد بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت
لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد القتيل في دار فالقسامة على رب الدار
وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على
رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا
يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار
فيشاركونه في القسامة قال وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها
لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في
التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فتكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال
ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع
خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي تصير له
لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ و
الولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية في مسئلة على صاحب الدار دون المودع والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة
الفطر وله ان القدرة على الحفظ لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك
ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار قبل
القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس
به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده
اذ بها يقدر على الحفظ ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى
يشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل
عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة
كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان
وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم

واللفظ

واللفظ يشتمل اربابها حتى يجب على ارباب الدين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها
والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق
لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها
لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان
وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه
للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين
ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على الملاك
وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين
ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على
اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما
يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل
النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع
عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرناه
من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف
بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فان كان فالقسامة والدية على عاقلته فان
وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء
فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب
القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو
كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا يرى انهم يستقون منه
الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص
اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون الدية والقسامة عليهم قال وان ادعى الولي على
واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه والقياس والاستحسان
فيه وان ادعى على رجل من غيرهم سقط عنهم وقد ذكرنا الفرق ما بيناه من قبل قال واذا التقى
قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم

الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه
الدعوى تتضمن براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة
لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه انما يسقط به الحق عن اهل
المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر قاموا بفلاة من الارض لا ملك
لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان
خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان
القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر
ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك
فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله
وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله تعالى ما قتلت ولا
عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل
فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من
سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على واحد من غيرهم انه قتله
لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان
يصيروا خصما وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم
كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصما بانزالهم قاتلين للتقصير
الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج
من الوصايا بعدما قبلها ثم شهد قال رحمه الله وعلى هذين الاصلين يخرج مسائل
كثيرة من هذا الجنس ولو ادعى على رجل من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من
اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد
يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله تعالى
ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح
في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات
فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا ضمان
فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة

فيه

فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب
القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير
الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله الى اهله فمكث يوما او يومين
ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة
المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة
ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون
هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات
قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد
قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه
فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف
يضمن الاخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر
فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم
ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب
وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من
اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة
وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل
في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد رجل
قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب
الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية ولو ادعى الولي القتل على رجل من اهل
المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها لان القسامة والدية انما وجبت على اهل
المحلة لانزالهم منزلة القاتلين

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية
وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد و
الخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني

يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن مالك قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الالة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وذلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان ان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطا اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطا للتخفيف والعطا يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بينا ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على

القاتل

القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما تعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضا بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضا فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهذا هو الصحيح فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبايل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص عنها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطايا وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضا يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضا بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كان لهم ارزاق في كل شهر واعطيات في كل سنة فرضت

وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية

منهم

الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر واما لان الرزق لكفاية
الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان القائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال
ويدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه
ومواخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي
عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ
معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية
ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان
العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالنسا والصبيان
ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل
صبيا او امراة فلا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل
باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من
العطا للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن ولا يعقل
اهل مصر عن اهل مصر اخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر
بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من
مصر اخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم
اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة
ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل
ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم
النصرة بالقرابة والنسب والولا وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب
على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسايل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر و
ليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان
من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو الصحيح لان
الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون
به اهل العطا وقيل تاويله اذا كان قريبا له وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال
واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر

ويدفعون عنهم صح

اقرب

اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة
ولو كان البدوي نازلا بالمصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطا لا ينصرون
من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانهم لا يستنصرون
بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته
على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني
العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة
فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم قضي بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب
على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة
تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام
لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتيل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم
عن كافر لعدم التناصر والكفرة يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر
كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة
كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانعدام
التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطا فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع
الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته
من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت و
عاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضا ولنا ان المال انما يجب عند القضا
لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضا ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل
وتتحمل عنه عاقلته فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضا بخلاف
ما بعد القضا لان الوجوب قد تقرر بالقضا فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل
توخذ من عطائه بالبصرة لانها توخذ من العطا وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت
العاقلة بعد القضا عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبايل في النسب لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه
تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء
فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على اهل البصرة بالدية ولو كان قضي بها

على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل قضا القاضي
يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضا على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم بخلاف
ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم
الامام في العطايا حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم في
اموالهم لانه ليس فيه نقض القضا الاول لانه قضي بها في اموالهم وعطياتهم اموالهم غير
ان الدية تقضي من ايسر الاموال اذا الاداء من العطية ايسر اذ صاروا من اهل العطا الا
اذا لم يكن مال العطا من جنس واحد ما قضي به عليه بان كان القضا بالابل والعطا
دراهم فحينئذ لا يتحول الى دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول ولكن يقضي ذلك من مال
العطا لانه ايسر قال وعاقلة المعتق مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه
وسلم مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه
ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقدم في الولاء ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر
الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا
عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان
التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل
بالسمع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل و
الكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب شيء
على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه الصلوة والسلام اوجب
ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل النفس على ما مر في الديات وما
دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم
ولهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما
لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم و
الامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل الخطا ولم يرتفعوا
الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي

لان التاجيل من وقت القضا وفي الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق
القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضي بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما
العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضا وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول
الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي
حق العاقلة مقر عليهم واذا جنى الحر على العبد جناية خطا كان على عاقلته لانه بدل
النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده
ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه
يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقدم من قبل قال
اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل
نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال
فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان
الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف
والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة
عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة يعقله عاقلة الام لان نسبه ثابت منها دون
الاب وان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب
في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية
واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان
بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون
عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر مسلم فلم تؤد
كتابته حتى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الادا يتحول ولاؤه الى
قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو اخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا
عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت الدية رجعت
بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلاث
سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر وعلى عاقلته لان الديات تجب موجلة بطريق

عندنا م

الام م

العاقلة م

الرجل ع

حتى م

التيسير قال رحمه الله هاهنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي يخرج عليها
ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل من ولاء الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته
عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت
الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت
كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاول لم تنتقل الى الثانية وان
لم يكن قضي بها على الاول فانه يقضي على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة
او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا
الاصل متاملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظاير والاضداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال
مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا
استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملة مقصر في عمله فاذا عرض له
المرض وخاف الممات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى
فيه يتحقق مقصده المالي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية
ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الممات باعتبار الحاجة
كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها
او دين والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم
في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع
الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما قلنا وسنبين ما هو الافضل
فيه ان شاء الله تعالى ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة
وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق
حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما
بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من
الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسره بالزيادة

على

على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع
لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق
يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت
الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة
لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت
وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق
لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه بقية الورثة
فحكمه ما ذكرنا وكلما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي
من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس
من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز
للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية
للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله
تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا
وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها
ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم
لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا يجوز لوارثه لقوله عليه الصلاة والسلام
ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض
ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير
وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت
بعد الموت والهبة من المريض للوارث نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من
الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال
الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز
باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل
في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله

عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية واكثا لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات
ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول
الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيات الموصي او ردها فذلك باطل لان
اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب
ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنيا او فقرا لان في التنقيص صلة
القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة و
لا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقرا لا يستغنون
بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب والقرابة جميعا فان كانوا اغنيا
او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من
القريب فالاول اولى لانها يبتغى بها وجه الله تعالى وقد قيل في هذا الوجه يخير لاشتمال
كل واحد منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى
به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي رحمهما الله هو يقول الوصية اخت
الميراث فكل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا
ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك
لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من
الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له
قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية
لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البايع
وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تم بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته
انما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري
اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين
مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين ولانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم
فالاهم الا ان يبريه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية في الحد المشروع لحاجته
اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه

وقد قال عليه الصلاة والسلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق القرابة ١٢

الموصى له بالعيب ولا يرده ١٢

اجاز

اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه
في نيل الزلفى ولو لم ينفذه يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله
غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
او كانت وصية في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحوز الثواب بالترك على ورثته
كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق
الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وليه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال و
كذلك اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا ادركت
فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا او تعليقا كما في الطلاق والعتاق
بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال
سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على
قول ابي حنيفة رحمه الله لا تصح وعندهما تصح ورده الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر وقت الوصية اما الاول فلان الوصية
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا
في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك
محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما
اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير
الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت
الوصية والاستثنا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق
تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه
وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما
لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع
عن الوصية لانه تبرع ولم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان
القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا
صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة

اذا

لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله ابطلت فصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار
فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي
كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في
الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار
يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه
بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانها حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار
الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو
رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا
في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للتصرف الى حاجته عادة
فصار هذا المعنى اصله ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد
ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا
كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك
واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح
فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام او ربا لا يكون رجوعا لان
الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي
ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما
اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان
رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر
لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون
رجوعا عن الاول لما بيناه ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان
الاخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة
كونها للثاني ولم يتحقق فيبقى الاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت
الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث

المال

المال قال ومن اوصى لاحد بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما
لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد
تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون
بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد
منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقهما كما في
اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلاثة اسهم لصاحب الاقل سهم وسهمان
لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث
بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان ولا يضرب
ابو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة
لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق
لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت
بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فتبطل اصلا والتفضيل
يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع
الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر التفاضل
لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من التركة قيمتها
تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك
الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا اخر بطلت الوصية وفي الدراهم
المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة
قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول
وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب
الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز الاول ايضا نظرا
الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام
الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيزه الورثة لان
السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه

الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم
هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما
يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا
السهم كالجزء قال ومن اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول
يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي
فاليهم البيان قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي
لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه
فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر
له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة
ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن
جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة
فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه
لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقدما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا
اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم
وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيها الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلثة
من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا قول
ابي حنيفة رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما
للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال
ولو اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين
دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج
دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى
له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على

الدين

ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه صح

الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر
بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت
ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف
انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا
نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو وكان راضيا بكل الثلث للحي
وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا
اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي
لفلان وسكت كان له كل الثلث وان قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث
قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند
الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط
وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو
اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة
لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل
بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه
لو كان بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل
والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى له قيمة شاة لانه
لما اضافه الى المال علمنا ان مراده بالوصية مالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال
ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافته الى المال
وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه
شاة علم ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى
المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن
ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رحمه الله وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل
فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان
وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك

غنم علم ان مراده ماليتها ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا صح

ثلث ع

في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاثة فلهذا يقسم على سبعة
ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد والثلاثة للثلاث فبلغ
الحساب خمسة قال ومن اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه
للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه
الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل
بماية درهم ولاخر بماية درهم ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل ماية لان الشركة
للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد
منهم ثلثا ماية بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعماية ولاخر بمايتين ثم كان الاشتراك
لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد
بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه
قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان
الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا
للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان
انا نعلم ان من قصد تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج
اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية و
جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان فادعى شيئا فاعطوه من مالي
ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وان
اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان
ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم
عزل المعلوم وفي الافراز فايدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار
هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال
لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا
دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة

دينا

دينا شايعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا
لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة
على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف
الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول
وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يصلح
مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا وعلى
هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي
حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في
حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي
ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر ولا الى اثبات الوصف لانه
يصير الوارث به شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل
في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي
الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر نفاذا وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة
اثواب جيد ووسط وردي فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها
هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد
منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع
صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين
فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود و
لصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون
لان صاحب الجيد لا حق له في الردي الباقي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او
رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون
وسطا او جيدا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي بيقين
فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد
وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين
رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي

فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له وان
وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها
مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ
الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي
تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه فله مثل نصف
ذرع البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به وهو نصف البيت عند فواته كالجارية الموصى
بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق
الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما
انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك ينتفع به من
كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت
اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت
ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر ينفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه
اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده
ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا
وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك
بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته
فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير
الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على
عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة
سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم
بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان
الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير
صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير

لا تصح

لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من
مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز
وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا
فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان
الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوا
سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر
احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا
استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له
تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان
انه اقر له بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما
اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم
عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه
ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في
يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت
بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت
في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى تقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان
للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم
فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة
فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا
ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع
والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد
تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذ الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في
بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقض

وقال ابو حنيفة رحمه الله ياخذ ذلك
من الام فان فضل شيء اخذ
من الولد وفي الجامع الصغير
عبد صمد م

في الاصل بل بيعًا تامًا صحيحًا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا
اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدًا
هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر
ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حالة الوصية واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى
لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار
ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين
اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض لان الثابت يوخر عنه بخلاف الوصية لانها
ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة
فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكمًا لان حكمها يتقرر عند الموت الا يرى انها تبطل بالدين
المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه نصراني او وهب
له او اوصى فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث
عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزمًا بنفسه ولكن بسبب
الارث وهو البنوة قايم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم
لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قايمة وقت الاقرار وهي
نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذلك لو
كان الابن عبدًا او مكاتبًا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح
لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية
باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك
في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال
والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته
من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعًا من طبايعه ولهذا لا يشتغل
بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه
ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت
ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت **باب العتق في المرض** قال ومن اعتق عبدًا في مرضه
او باع او حابى او وهب فذلك كله جائز يعتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا

بدين وابنه م

قايم وهو البنوة قايم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة م

وفي

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب
الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره
من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان و
الكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان اوجبه في حال صحته اعتبارًا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف
فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحًا فهو من جميع المال وان كان مريضًا ففي الثلث
وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى
ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى
فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين جميعًا والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن
فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض
على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح
والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في
سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي
ذكرناه آنفًا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة
لا يلحقها من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من
سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق
اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب
التقديم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان
تبرعًا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا
دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا ثبت وهو لا يحتمل الدفع فكان من
ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم
الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم
الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني
وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك

منها درهم لم يحج عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما
بقي من حيث تبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يحج عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا
بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى
باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة
هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع
الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل اخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى
عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد
حتى لا تقبل من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين و
البينة م
مائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع
في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث
الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح
لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك
من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج عن ملكه بطلت الوصية
كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم
الذين التزموه وجازت لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية
قال ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد
فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث
ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة
لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة
ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض
وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول
للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن
بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل

من الثلث

من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له بينة ان العتق كان في الصحة
لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن
ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال
صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى في شيء
لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار
كانهما كانا معا وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا
بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية
وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار
بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا
في المرض م
الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان
الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد
العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية
وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم
دين وقال اخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما
او لي ع
سواء

فصل

ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها
قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة
والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدي بما قدمه الموصي اذا ضاق
عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدي بالزكاة ويقدمها
على الحج وهو احد الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه انه تقدم الحج وهو قول محمد
وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العبد فكان اولى
العبد ع
وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى
ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ جاء فيهما من الوعيد
ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة
الفطر لانه عرف وجوبها بالقران دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على
الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم

بعض الواجبات على بعض قال وما ليس بواجب يقدم منها ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله سبحانه وتعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده راكبا لان الواجب عليه لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره ووقع اجره على الله تعالى فيبدا من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله رحمه الله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد

وما

وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم فيدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذي رحم محرم منه وكذا المحارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله بالاب الادنى قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان

فالوصية للعم عند ابي حنيفة رحمه الله على اعتبار الاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا
اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين
لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى
لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز للواحد كلها اذ هو الاقرب
ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا لو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم
والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة
للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذي قرابته اولا قربائه او
لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة
بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى
واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار
باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ومن اوصى لال فلان
فهو لاهل بيته لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه
ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن
ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان
الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني
فلان او لعميانهم او لزمنائهم او لارامله ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية
فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية
تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة
وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء
بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون
حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا
يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا
على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رحمه الله اول قوله وهو قولهما

لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور
وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او
فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب
كبني ادم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان
فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا
ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على
لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موالي
اعتقهم وموالي اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم
جميعا وذكر في موضع اخر انه توقف حتى يصطلحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم
يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف
لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا منافي فيه ويدخل
في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده
لان عتقهما بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله
وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له
مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان
له موالي واولاد الموالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة
وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على
السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام
والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيه موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة
بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن
له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة
ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي لورثته لتعذر
الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالٍ اعتقهم لانهم ليسوا بمواليه حقيقة
ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه
بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى

مختلف لان احدهما مولى منعم
والاخر منعم عليه فصار مشتركا
فلا ينتظمهما لفظه

دار معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل او غير بدل
فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها
الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز
موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه
المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه
بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم
اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم
الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين
ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية
بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن
القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايات تقديم احدهما
زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان
الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن
ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار بان ظهر للميت مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في
ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعوا عنه قال وان مات الموصى
له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو
انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز
ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه
من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل
يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان
الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما
يتغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة
بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها و
ليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية

ملك

ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية
لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد
الموت فلا يملك تمليكها ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على
اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل
لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير
لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع ولهذا انقطع
اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث
صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها
تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها
اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا
لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في
غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية
انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه
من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده
ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا
لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم او دنانير فكانت بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك
السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين
الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله
فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة
بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو الطالب ولا حق له
في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة
عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها
لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما
على الاخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة

فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا
اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما
بعد الموت ولها نظاير وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر وهي تخرج من
الثلث او اوصى لرجل بالخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر
لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسايل كلها اما اذا فصل
احد الجانبين عن الاخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له
بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رحمه الله ان بايجابه في الكلام الثاني
تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه
صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول
فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة
والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام
الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان
وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية
للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم
الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه
فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا
لان ذلك دليل التخصيص او الاستثنا فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة
دون الفص قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها
وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له
بغلة بستانه فله الغلة القايمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زايدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا
بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة ينتظم الموجود وما يكون
بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه
وداره فاذا اطلقت يتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد
بها الا الموجود ولهذا يفتقر الانصراف الى دليل زايد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه

ابدا

ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما
على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت
فيعتبر قيام هذه الاشيا يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك
المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها
اوسع اما الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق الا في
بعقد فكذا لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعد
البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي
او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي
حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فان هذا معصية
فلا تصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان
تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جايز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى
التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة
لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية
باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية
في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله
بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية ان البنا نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني
وانما يزول ملكه بان يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة
لم تصر محرزا لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرة
ويسكنونها فلم تحرز لتعلق حق العباد بها وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا
لعدم تحرزه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاها
في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاها فيزول ملكه فلا يورث ثم
الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون

قربة في حقنا وهو ما ذكرنا وأما إذا أوصى الذمي أن تذبح خنازيره وتطعم المشركون فهذه
على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها إذا أوصى بما يكون
قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجدا للمسلمين
أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهي باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم إلا إذا
كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا لأنهم معلومون والجهة مشورة ومنها إذا أوصى
بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزى الترك
وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية
بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا
ولا في حقهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز لأنه معصية
في حقنا وفي حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب
الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام
على الظاهر وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته
بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها
تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم قال وإذا دخل الحربي في دارنا
بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث
لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب
إذ هم أموات في حقنا ولأن حرمته باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق
ورثته وإن كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك
من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام
فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية
جاز لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يجوز عقود
التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد الممات وعن أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز لأنه من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع
ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية ولو أوصى الذمي بأكثر
من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام

ثم م

مالم ص

فيما

فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالإرث إذ الكفر كله ملة
واحدة ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين
والوصية أخته **باب الوصي وما يملكه** ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي
وردها في غير وجهه فليس برد لأن الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير
وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فيرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد
بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على
التصرف بنفسه قال وإن ردها في وجهه فهو رد لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف
ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينصب غيره وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيرا فلو أنه باع شيئا
من تركته فقد لزمته الوصية لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت
وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل إذا لم يعلم
بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت
فتنتقل الولاية إليه وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل فإنابة
لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا
طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل
ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل لأنه بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل
أيضا لأن في إبطاله مضرة بالميت وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب ودفع الأول
وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه إذ للقاضي
ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه
وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجه
فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية
بإبطال القاضي قال ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجها القاضي عن الوصية
ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعدها وذكر
محمد في الأصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل
وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل

فيه م

وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر
ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم
النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة
للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية
ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا
يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح
الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية
فلا يفيد فايدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جايزة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تجوز
عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف
وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيها اثبات الولاية للمملوك على
المالك وهو قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه
تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون
اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع
فلا منافاة وايصا المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على
ما هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير
الوصف بتصحيح الاصل اولى قال ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي
والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر
باعانة غيره فلو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون
كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من
الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه فليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره
كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور
شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه
لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو منه خيانة لانه استفاد الولاية عن الميت غير انه اذا ظهرت
الخيانة فالميت انما نصب وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها
فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يجز لاحدهما

ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها
ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان
الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية
الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على
الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن
باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان
الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد
وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب
هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي
حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى
مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه
فلا يصح اصل الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة
لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها
فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند
ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا ورد وديعة
بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها
ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال
يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية
بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان
الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير
خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى
عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير
خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع
الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا
كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة

وقبول ٤

لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على
الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد
وهذا لانه لما افرد فقد رضي براى الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب
الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل
القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي
اليه وصيا اخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف
فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه و ذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان
الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى
الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راى الميت باق حكما براى من
يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يتفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف
ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براى المثنى كما اذا رضيه المتوفى واذا مات الوصي
واوصى الى اخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا
في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع انه رضي برايه لا براى غيره
ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصا الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية
التي كانت ثابتة للموصي تنتقل للوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب
فيما انتقل اليه وكذا الوصي وهذا لان الايصا اقامة غيره مقامه فيما له ولاية فيه وعند
الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني فيه منزلته فيهما ولانه لما استعان
به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار
راضيا بايصائه الى غيره بخلاف التوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده
بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصا اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة
جايزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب
ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرى المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما
عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي
ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه
بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرى الموصي فلا يكون

فللمي

الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي
لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في
التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث لان الموصى له شريك
الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم
الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع يرجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان
اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك
اذا دفعه الى رجل ليحج فضاع من يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم
يرجع بشيء والا رجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي
ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرز
وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها
ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد
لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه فصار كما اذا هلك قبل القسمة
فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف
الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها
الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غايب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا
لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا والقاضي نصب ناظرا لا سيما في
حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو
حضر الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا
من التركة بغير محضر من الغرما فهو جائز لان الوصي قام مقام الموصي ولو تولى حيا
بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرما وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام
مقامه وهذا لان حق الغرما متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها
الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرما حق الاستسعا اما هنا بخلافه
قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض
الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه
وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد

الباقي

اخذ الوصي البايع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل
له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم
رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم
الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم الغرور
وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع
حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضا اذ يتحامى عن تقلد هذه
الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول
ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضا فان كانت التركة قد هلكت
او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين اخر قال وان قسم الوصي الميراث
فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في
مال الصغير لانه عامل له ويرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق
ما اصاب به قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان
يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم
على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه
لا نظر الا في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد
بابه والصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه
يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف
بالفاحش منهم تبرع ولا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشرا
على وصي كتب كتاب الشرى على حدة وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب
جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في اخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على
الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان
لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز
في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس
ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغايب الا انا استحسنا

الصغير م

لما انه

447

لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار محصن
بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد
وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب وكذا وصي الام
ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون
من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد
احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا
ان بالايصا تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه
وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف
ابيه قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى
ملك النكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بينا **فصل** في الشهادة
واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان
فيها لاثباتهما معينا لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في
القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي
ابتداء او ضم اخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين
عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى
الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا
يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران
ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال فان شهد الوارث كبير في مال الميت لم يجز
وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شهد الوارث كبير
يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا
فعريت عن التهمة وله انه تثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث
فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين
الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت
شهادة كل فريق منهم للاخر بوصية الف درهم لم يجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

قال م

وقال ابو يوسف رحمه الله مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة ووجه
الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما
حقه من التركة يشاركه الاخر فيه فهذه الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة
بخلاف حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة ولو شهدا انه
اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد
جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة فلو اشهدا انه اوصى لهذين الرجلين
بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذلك اذا اشهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما
انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى فصل

في بيانه واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان
يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل
عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي كرم الله وجهه مثله ولان البول من اي
عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وان
بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي فان كانا في
السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة
قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح
بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق
في الاخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ
الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النسا فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل
او كان له ثدي مستوي لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة
او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة
لان هذه من علامات النسا وان لم تظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل
وكذا اذا تعارضت له هذه العلامات

فصل

في احكامه قال رحمه الله الاصل
في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين بان لا يحكم بثبوت

حكم

حكم وقع الشك في ثبوته قال فاذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنسا لانه
امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلاتهم ولا النسا لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته
وان قام في صف النسا فاوجب الى ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان قام في صف
الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه احتياطا
لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلاته
جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد
ارتكب مكروها لان الستر على النسا واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان
يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد جاز وتبتاع له امة تختنه
ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل
لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن
له مال ابتاع له الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا اختتنته باعها
ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحرير والحلي و
ان ينكشف قدام الرجال او قدام النسا وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان
يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق
قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان
انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة
افحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان
كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث
لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق
حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق لتيقن باحدى الوصفين اذ
ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه
دعوى يخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من
غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنسا فتوقي احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل
ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره

فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات
صلى عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى والمراة خلف الخنثى
فيوخر عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن
مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما
حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على
السرير نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية فهو احب لكي
يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنته وان كان ذكرا فقد زادوا
على الثلاث فلا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله
للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا
للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفوا في
قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة
وقال ابو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن
يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما
على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله
ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا
فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان
وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة اسهم فسهمان للخنثى ثابتان بيقين
وقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف
لنزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة
رحمه الله ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن
به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار كما
اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان
يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا نحو ان يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به
وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى وامراة واخوين لام واختا
لاب وام هي خنثى فعندنا في الاول للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثاني

للمراة

للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيها **مسايل**
شتى قال رحمه الله تعالى واذا قرا على اخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما
في الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعلم انه اقرار فهو جائز ولا
يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز
انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارض كالوحشي والمتوحش
من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله تعالى ان الاشارة انما تعتبر اذا
صارت معلومة معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك
وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله
حيث اخر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على
شرف الزوال دون الاصلي فلا ينقاسان وفي الابدة عرفناه بالنص واذا كان الاخرس
يكتب كتابا او يومي بما يعرف به فانه يجوز طلاقه ونكاحه وبيعه وشراؤه ويقتص
منه وله ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نائى بمنزلة الخطاب ممن دنى الا يرى ان النبي
صلى الله عليه وسلم ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز
في حق الغايب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب
مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغايب والحاضر على ما قالوا ومستبين
غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار فينوي فيه لانه بمنزلة الكتابة
فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهوا والما وهو بمنزلة كلام غير مسموع
ولا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في هذه الاحكام للحاجة
الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ
والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها تندري
بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد له للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة
في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان
الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى انه لو شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام
لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد
لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت

صريح

في الجلد م

مع الشبهة كساير المعاوضات التي هي حق العبد اما الحد و د الخالصة لله تعالى شرعت زواجر
وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر محمد رحمه الله في كتاب
الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب
ها هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول
الى نطق الغايب لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق
للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف
ما توهمه بعض اصحابنا لانه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية
لانه جمع ها هنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية
وفي الكتاب زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في
الكتابة لما انه اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا وكذا الذي صمت يوما او يومين
بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان الة النطق قايمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان
قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل
وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم توكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار
اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة
الضرورة فالذي يحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية
في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان
كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة لان الحال
حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان
اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع
فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا
كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة والله تعالى اعلم بالصواب
والحمد لله تعالى وحده وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم

تم الكتاب بحمد الله تعالى وعونه وتوفيقه يوم الجمعة تاسع عشر شهر شعبان المعظم من شهور سنة اثنين ومائة والف على يد
راجي لطف الله الخفي عبد الفقير الحقير يحيى بن ابراهيم الخطيب غفر الله لهما ولمن دعى لهما بالمغفرة امين يا رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله
الطيبين الطاهرين واصحابه نجوم الدين والحمد لله رب العالمين